

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

INFLUENCE DE LA LOI FRANÇAISE

SUR LA

# Capacité civile des Étrangers

## EN FRANCE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le vendredi 15 mars 1929, à 2 heures

---

*Président :* M. L. DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*

*Suffragants :* { MM. BARTIN, *professeur.*  
MAURICE PICARD, *professeur.*

PAR

**HENRI BATIFFOL**

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

LIBRAIRIE

DU

**RECUEIL SIREY**

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup>

---

1929





**THÈSE**  
**POUR LE DOCTORAT**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**



UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

---

INFLUENCE DE LA LOI FRANÇAISE

SUR LA

# Capacité civile des Étrangers EN FRANCE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le vendredi 15 mars 1929, à 2 heures

---

*Président :* M. L. DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*

*Suffragants :* { MM. BARTIN, *professeur.*  
MAURICE PICARD, *professeur.*

PAR

HENRI BATIFFOL

LICENCIÉ ÈS LETTRES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5<sup>e</sup>

---

1929





INFLUENCE DE LA LOI FRANÇAISE

SUR

LA CAPACITÉ CIVILE DES ÉTRANGERS

EN FRANCE

---

AVANT-PROPOS

Le « nationalisme » est un trait caractéristique de la jurisprudence française en matière de droit international privé. C'est l'avis de MM. Pillet et Niboyet : « Tout en reconnaissant », écrivent-ils (1), « que la loi étrangère est applicable en vertu d'une obligation, nos tribunaux n'hésitent pas, lorsqu'ils le peuvent, à en restreindre le domaine par des procédés déguisés et à appliquer de préférence leur propre loi sans oser l'avouer ». Parmi ces procédés, deux sont très connus : la théorie du renvoi et celle de l'ordre public. On peut dire qu'ils n'ont rien de déguisé

(1) *Manuel de droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd., 1924, p. 452.

tellement leur objet est évident : il est du reste formellement avoué (1). Mais il y a, en dehors de ces grandes théories, un certain nombre de cas particuliers où les tribunaux résolvent par l'application de la loi française des conflits de lois où, à première vue, la loi étrangère eût semblé applicable en vertu d'un principe général. Le principe général est esquivé ; on biaise avec lui ; on le déclare sans rapport avec la question ; on ne l'attaque jamais... mais on s'en débarrasse. N'y aurait-il pas lieu de grouper ces cas d'espèces pour tenter de tirer, de leur examen, quelques conclusions d'ensemble sur cette tendance « nationaliste » de la jurisprudence ?

Le problème est d'actualité puisque la France est aujourd'hui un des principaux pays d'immigration du monde, et il présente un intérêt politique certain par suite du groupement des immigrants dans certaines régions. Quand il se constitue de véritables communautés polonaises dans le Nord, italiennes dans l'Est, le Sud-Ouest, la Tunisie, espagnoles en Algérie, l'application répétée à ces groupements de leur loi nationale par les tribunaux du lieu est un singulier renfort au maintien des habitudes nationales, à la venue d'avocats et interprètes nationaux,

(1) Cf. le rapport du conseiller Denis sous Req., 1<sup>er</sup> mars 1910, *Human c. Soulié*, S. 1913.1.103, D.P. 1912.1.262, Cl. 1910.888.



en un mot un obstacle de plus à l'assimilation à laquelle tend précisément notre politique. La Société d'Etudes législatives a d'ailleurs chargé une commission d'élaborer un projet de loi ayant pour but de limiter le domaine de la loi nationale en ce qui concerne les étrangers en France.

Comment la jurisprudence restreint-elle l'application de la loi étrangère? On pourrait passer en revue presque toutes les matières du droit international privé pour ce travail. Ce serait une synthèse de grande envergure. Il a fallu circonscrire la recherche envisagée à un chapitre déterminé. Celui de la capacité civile des personnes physiques étrangères en France a paru particulièrement intéressant.

En effet, la règle générale qui donne le plus d'occasions aux tribunaux français d'appliquer la loi étrangère est celle d'après laquelle le statut personnel est régi par la loi nationale : toutes les fois qu'il s'agira d'un étranger, les questions relatives à son statut personnel devront être réglées d'après sa loi nationale. Telle est la grande source d'application des lois étrangères. D'autre part, la loi française s'applique comme *lex rei sitæ* toutes les fois qu'il s'agit d'un bien situé en France : c'est le statut réel.

Or le statut personnel comprend, de l'avis général, deux matières différentes : l'état des personnes et leur capacité. Elles sont toutes deux réglementées



par la loi nationale de l'individu, pour les étrangers comme pour les Français suivant l'interprétation universellement admise de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Mais l'ancien droit les régissait par la loi du domicile. Il est clair que si cette solution avait été conservée, notre problème se poserait avec une acuité bien moindre puisqu'il suffirait que l'étranger résidant en France y fût domicilié pour que la loi française régît de plein droit son statut personnel. Pourquoi le Code civil a-t-il abandonné la solution de l'ancien droit ? Et quelle était la signification de cette solution ? Ces deux points devront être examinés tout d'abord.

Mais l'application de la loi étrangère est-elle aussi naturelle en matière de capacité qu'en matière d'état ? La capacité des personnes peut être considérée (nous aurons à revenir sur cette conception) comme la répercussion de leur état sur l'exercice de leurs droits : or l'étude des droits est évidemment celle des biens puisqu'à parler rigoureusement, les seuls biens sont les droits, elle se confond donc, au moins en ce qui concerne les droits réels, avec le statut réel. La capacité apparaît donc comme un terrain intermédiaire entre le statut personnel et le statut réel : or celui-ci est l'occasion d'applications fréquentes de la loi française, et celui-là de la loi étrangère ; si réellement les tribunaux ont une tendance marquée à



faire prévaloir la loi française, ce terrain de la capacité doit être le centre de la lutte.

Il n'y a qu'à consulter l'histoire des conflits de coutumes sous l'ancien droit pour s'apercevoir que la question touche à une difficulté profonde et permanente de l'établissement des règles de solution des conflits : le problème de la délimitation entre le statut personnel et le statut réel a conduit l'ancien droit à inventer les statuts mixtes. A quel besoin répondait cette théorie, et quelle en a été la valeur ? Il sera nécessaire de le rechercher.

De fait, le lien qui unit la capacité et les règles relatives à la circulation des biens rend en pratique l'application de la loi personnelle à la capacité souvent difficile. Le commerçant français qui a livré des bijoux à un Mexicain trouve amer que la beauté d'un principe lui fasse perdre 60.000 francs pour avoir ignoré que la loi mexicaine fixe l'âge de la majorité à 25 ans. L'application de la loi étrangère en matière d'état n'a généralement pas de répercussions aussi immédiates sur des intérêts tangibles : l'établissement d'une filiation pourra créer un droit éventuel à des aliments, une vocation successorale ; l'intérêt sera rarement pressant, et surtout on luttera le plus souvent *de lucro captando* ; parfois il n'y aura même pas d'intérêt pécuniaire en jeu ; on comprend, dans ces conditions, que les tribunaux soient

moins sensibles aux résultats inattendus des dispositions d'une loi étrangère. Du reste si un de ces résultats paraît trop choquant, ils ont un moyen aussi simple qu'efficace d'écarter la loi étrangère : invoquer l'ordre public. Le procédé est infiniment facile, presque tous les points de l'état des personnes touchant à des conceptions politiques ou morales. Au contraire ni la morale ni la politique n'ont grand' chose à voir dans la fixation de l'âge de la majorité ou l'étendue de l'incapacité du prodigue ; et nous verrons en effet que les tribunaux ont eu la probité intellectuelle de ne pas abuser de la notion d'ordre public en des matières où elle n'avait que faire. Seulement il a fallu trouver autre chose ; il y a évidemment la théorie du renvoi, mais elle ne suffit pas à tout, car nombre de législations ne renvoient pas à la loi du domicile pour la capacité de leurs nationaux. Il y a donc un problème : il fait l'objet de ce travail.

Les termes du titre indiquent que nous excluons l'étude de la capacité en France des sociétés étrangères. La question se pose à l'égard des personnes morales en termes trop différents pour que son étude apporte des vues utiles à celle de la capacité des personnes physiques. De même, il ne sera pas question des incapacités pénales qui obéissent à des principes tout différents de ceux qui régissent les incapacités civiles.



Etudier comment la loi française peut influencer sur la capacité des mineurs, des prodigues et interdits, des femmes mariées de nationalité étrangère est évidemment partie intégrante du sujet. Mais on n'aura ainsi vu que les incapacités générales. Or, notre terminologie juridique connaît des « incapacités spéciales » : incapacité de recevoir à titre gratuit par exemple. On peut en ajouter bien d'autres : incapacité d'agir en justice, capacité successorale, capacité d'être témoin..., la liste risque de s'allonger indéfiniment. Avec un peu de bonne volonté, presque toutes les règles juridiques impératives pourraient à la rigueur entrer dans le chapitre de la capacité : une règle donnant un ordre, celui auquel l'ordre s'adresse devient par là même « incapable » de faire ce que l'ordre interdit.

Il y a là une sérieuse difficulté. L'ancien droit l'a si bien aperçue qu'il a laborieusement cherché une formule permettant de délimiter les incapacités rentrant dans le statut personnel. De nos jours la question subsiste. Il suffit de se rappeler par exemple que les articles 907, 908 et 909 du Code civil, généralement considérés comme établissant des incapacités relatives de disposer et recevoir à titre gratuit, sont exclus par MM. Colin et Capitant des règles de capacité (1) : pour ces auteurs, ce sont des prohibi-

(1) *Cours élém. de droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., t. III, p. 653,

tions pures et simples. Inversement, quand Paul Gide a étudié la « Condition privée de la femme », il a trouvé que l'inaliénabilité dotale pouvait fort bien s'envisager comme une incapacité spéciale d'aliéner, protectrice de la femme. Ce sont deux exemples, il y en a bien d'autres.

Pour étudier l'application de la loi nationale à la capacité des personnes, il est donc nécessaire de savoir jusqu'où s'étend la notion de capacité. Elle comprend sans conteste les incapacités générales signalées plus haut. Pour les incapacités spéciales la limite est indécise parce que les civilistes n'ont pas eu l'occasion de la préciser. Il apparaît immédiatement que cette imprécision est un moyen grâce auquel la jurisprudence peut garder la liberté de faire prévaloir la loi française là où elle le croit nécessaire : il suffit de ne pas qualifier la disposition envisagée « disposition de capacité ».

Nous examinerons donc dans une première partie l'origine et la signification de la règle que le statut personnel des étrangers en France est régi par leur loi nationale. Quelle idée se faisait l'ancien droit du statut personnel ? Pourquoi lui appliquait-il la loi du domicile, et qu'a voulu faire le Code civil ?

Dans une deuxième partie nous chercherons dans



quels cas la jurisprudence déclare qu'il y a une question de capacité en jeu et qu'en conséquence la loi nationale est applicable.

Dans la troisième partie enfin, nous étudierons comment la loi nationale est en fait appliquée dans les cas où elle est déclarée compétente.

---





## PREMIÈRE PARTIE

### ORIGINE DE LA RÈGLE QUE LA CAPACITÉ DES ÉTRANGERS EN FRANCE EST RÉGIE PAR LEUR LOI NATIONALE

L'article 3, alinéa 3 du Code civil pose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». On en a déduit que l'état et la capacité des étrangers en France étaient régis par leur loi nationale. Quelle est la valeur de cette déduction ? A la tenir pour exacte (ce qui n'est guère contesté, nous le verrons), quel sens avaient les mots « état et capacité » à l'époque du Code civil ? Enfin pourquoi le Code civil a-t-il soumis l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale alors que l'ancien droit les soumettait à la loi du domicile ? Telles sont les questions que nous aurons à résoudre dans cette première partie que nous diviserons en trois chapitres :

Chapitre premier. — Les domaines respectifs du statut personnel et du statut réel dans l'ancien droit.

Chapitre II. — L'application au statut personnel de la loi du domicile.

Chapitre III. — La règle du Code civil.

---

## CHAPITRE PREMIER

### LES DOMAINES RESPECTIFS DU STATUT PERSONNEL ET DU STATUT RÉEL DANS L'ANCIEN DROIT.

L'étude des conflits de coutumes, ou des « questions mixtes » comme les appelaient ceux qui les traitaient, a un double intérêt en notre matière. Le premier, d'ordre général, tient à ce que les auteurs du Code civil ne connaissaient que la théorie des statuts quand ils rédigeaient l'article 3 ; cette théorie est donc indispensable à connaître pour l'interprétation de ce texte. Le second, plus particulier à notre sujet, vient de ce que le point le plus faible de la théorie des statuts, celui qui a engendré tant de divisions entre les statutaires, est précisément la question de la frontière entre le statut personnel et le statut réel. La doctrine répartissait les statuts en deux catégories : celle des statuts personnels, et celle des statuts réels ; il était fatal que le tracé de la limite fût difficile.

Et les difficultés se sont justement fait jour en matière de capacité. M. Pillet l'observe : « Ces ques-



tions », écrit-il (1), « ramenaient toujours les deux grandes difficultés suivantes : le point de savoir si la personnalité de la capacité peut s'étendre aux incapacités n'ayant qu'un objet médiocre et restreint, et la répulsion des jurisconsultes à admettre que la disposition d'une coutume pût avoir son autorité sur des biens compris dans le ressort d'une coutume différente ». La première de ces deux questions est donc une de celles que nous avons signalées dès le début comme essentielles : les incapacités particulières sont-elles à bon droit assimilées aux incapacités générales pour entrer dans le statut personnel ? L'ancien droit a répondu à la question par un curieux essai de délimitation du statut personnel. La seconde s'est posée à nouveau au xix<sup>e</sup> siècle sous la forme du conflit entre l'alinéa 3 et l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil, et nous verrons que la solution donnée à ce conflit par la jurisprudence est un point capital de la théorie de la capacité. L'ancien droit a tenté d'y répondre par l'idée des statuts mixtes.

Il serait évidemment fort instructif de connaître l'« état du droit » sur la question à la fin de l'ancien régime. Mais la multiplicité des opinions émises et des décisions rapportées rend la tâche difficile, d'autant qu'il ne suffit pas de citer les auteurs et d'indi-

(1) *Traité pratique de droit international privé*, p. 494.

quer les arrêts, il faut encore peser l'influence et la portée des uns et des autres. Nous nous contenterons donc de considérer les idées les plus en faveur au XVIII<sup>e</sup> siècle, telles que les ont exprimées les grands auteurs comme Froland, Boullenois et Bouhier. Nous aurons, bien entendu, à faire état des idées des premiers statutaires comme Dumoulin, d'Argentré, sans lesquelles celles de leurs successeurs seraient inintelligibles. Mais il est impossible de déterminer en quelques pages l'état complet du droit sur une question aussi complexe. Du reste les auteurs que nous utilisons se réfèrent fréquemment à la jurisprudence, ce qui, joint à l'influence qu'ils ont eue, donne un intérêt suffisant à leurs opinions, d'autant que l'autorité de la jurisprudence dans l'ancienne France a un poids relatif du fait qu'elle variait d'un Parlement à l'autre.

La théorie des statuts a été maintes fois étudiée dans son ensemble (1). Il est inutile d'en reprendre ici l'exposé général. On sait qu'elle répartissait les statuts en personnels et réels et, en cas de doute, décidait, au moins chez les premiers statutaires, de qualifier de « réel » le statut douteux.

Nous examinerons dans deux sections successives

(1) Voir en particulier Lainé, *Introduction au droit international privé* ; de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*.

les domaines respectifs du statut réel et du statut personnel, et, dans une troisième section, l'idée des statuts mixtes.

## SECTION I

### Le domaine du statut réel.

On est assez étonné, au premier abord, de la facilité avec laquelle les anciens jurisconsultes déclarent réel un statut. Successions, donations entrent, par exemple, dans la catégorie « statuts réels » sans la moindre distinction, alors que nous analysons maintenant ces institutions avec minutie pour régler chaque point d'après la loi convenable. Pourquoi hésite-t-on aujourd'hui à résoudre par la *lex rei sitæ* des questions auxquelles l'ancien droit trouvait tout naturel de donner cette solution ? C'est que le fondement du statut réel n'était pas dans l'ancien droit ce qu'il est dans la doctrine moderne.

Le statut réel se compose des questions relatives aux choses. Son effet est de soumettre ces questions à la loi de la situation de la chose. Mais, et c'est là le point important, la conception de la « chose » a changé depuis cent cinquante ans. Pour nous, la chose est l'objet matériel occupant une situation dans l'espace (cette conception est du reste déjà battue en brèche par le développement des meubles incorporels pour lesquels la question de la situation est un problème).



Le statut réel a donc exclusivement pour objet les règles juridiques relatives à cette chose, c'est-à-dire principalement la constitution et la transmission des droits réels sur la chose. On justifie d'ordinaire cette conception par l'idée de sécurité à assurer dans les transactions (1).

Dans l'ancien droit, il en est tout autrement. La chose, c'est l'immeuble. Les meubles ont si peu d'importance qu'on les laisse suivre les personnes, *sed alia ratio est de personarum jure in quo et mobilia continentur*, dit d'Argentré (2). On se désintéresse en quelque sorte de leur sort, *res mobilis, res vilis*. C'est un des rares points, notons-le en passant, où le statut réel a gagné du terrain depuis l'ancien droit. L'immeuble apparaît au contraire comme l'élément principal de richesse. Mais il est bien autre chose encore : depuis les origines du régime féodal, il est la « raison d'être » de la famille : il lui donne son unité, sa situation sociale, ses moyens d'existence, et jusqu'à son nom ! On conçoit que toute question relative à un immeuble touche au premier chef la famille. Mais le droit des immeubles constitue tout le statut réel : donc le droit de la famille entre naturellement dans le statut réel.

(1) M. Martin à son cours, 1927-1928 ; cf. Pillet et Niboyet, 1<sup>re</sup> éd., 1924, p. 466.

(2) *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 3.

C'est là une des différences fondamentales entre le droit de l'ancien régime et le nôtre, où le droit de la famille est partie intégrante du statut personnel. Et ce changement est la résultante de trois mouvements concomitants : au moment où l'abolition du régime féodal venait d'enlever à la propriété terrienne une grande partie de son prestige social, le développement de l'industrie amenait la constitution de grosses fortunes mobilières ; et, en même temps, la société française, si patriarcale sous l'ancien régime, même au xviii<sup>e</sup> siècle, évoluait vers un individualisme s'accroissant de jour en jour. La famille perdait l'aspect qu'elle avait eu avant la Révolution d'institution de droit public, base de la société, et devenait de plus en plus une institution de droit privé, réglant des intérêts particuliers : elle a donc passé tout entière dans le statut personnel.

L'immeuble ayant un pareil rôle juridique, l'application de la *lex rei sitæ* ne se justifiait pas simplement par l'idée de sécurité dans les transactions qui domine dans la doctrine moderne ; elle paraissait l'expression même de la souveraineté de la loi sur un territoire : vieux souvenir sans doute de l'époque où le suzerain était celui qui concédait la terre, mais traduction aussi de l'idée plus durable que l'objet direct de la souveraineté est le territoire. Cette idée a toujours existé, la théorie de la « directe royale »

utilisa la règle féodale « nulle terre sans seigneur » pour mieux la réaliser, et, malgré les conceptions modernes ne voyant dans le territoire que le moyen à la disposition de la souveraineté pour agir sur son objet propre, les personnes, cette vieille conception a subsisté jusqu'à nos jours, et nous en rencontrons des traces.

Les intérêts privés ne se trouvaient pas mal de cette règle de droit public. Le droit de la famille s'accommodait d'une réglementation établie par le statut réel. La famille était fixée à la terre, la loi de la terre se confondait pratiquement avec la loi personnelle qui était celle du domicile. En un temps où on voyageait peu, où la population était stable, la *lex rei sitæ* paraissait convenir parfaitement aux mœurs et au caractère des habitants ; c'est précisément la justification que nous cherchons à la loi personnelle : celle qui s'applique à la personne parce qu'elle est spécialement faite en raison de son tempérament.

Cette idée perce dans d'Argentré dès le début de sa célèbre glose 6 sur l'article 218 de la Coutume de Bretagne. Après le premier paragraphe d'introduction, il pose le principe du statut réel : *Cum de rebus soli, id est de immobilibus agitur... certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari quod loci est, et suas cuique loco leges, statuta et consuetu-*



*dines servandas et qui cuique mores de rebus, territorii et potestatis finibus sint recepti, sic ut de talibus nulla cuiusquam potestas sit praeter territorii legem.* Le mot *mores* est significatif : la loi du lieu s'applique parce qu'elle fait partie des mœurs, qu'on y est habitué : on la considère comme spécialement adaptée au caractère, aux traditions, au tempérament de la population.

Bien entendu ce n'est pas le motif déterminant d'application du statut réel ; cette circonstance n'est qu'une raison d'affirmer une fois de plus le principe général que chaque souveraineté applique ses propres lois sur son territoire ; mais elle contribue à fortifier le principe qui s'applique dans d'autres domaines pour des raisons de police et de sûreté ou de sécurité dans les transactions sans qu'intervienne la préoccupation de choisir une loi convenant spécialement à la personne des plaideurs.

Le statut réel englobant le droit de la famille, il n'y a nulle difficulté à lui soumettre tout le droit des successions et celui des donations. D'Argentré allait même plus loin : il y comprenait tout le droit des régimes matrimoniaux. Mais on sait que là-dessus il se heurta à l'opinion de Dumoulin ; et le point lui sembla si important qu'il n'y consacra pas moins du tiers de sa glose 6 sur l'article 218 (nos 39 à 41).

D'autre part, autre source d'extension du statut

réel, la loi du lieu s'applique, non pas seulement en vertu d'une idée de sécurité dans les transactions, mais parce que le souverain entend savoir ce que devient son territoire, elle interviendra donc non seulement pour déterminer les droits réels dont les immeubles sont susceptibles d'être l'objet, et leurs modes de transmission, mais encore pour régler tous les rapports juridiques ayant l'immeuble pour objet, et en particulier pour savoir quelles personnes peuvent en être les sujets. Ainsi la validité d'une donation entre époux sera appréciée d'après la loi de la situation de l'immeuble, objet de la donation. Par contre, si la donation porte sur un meuble, elle sera régie par la loi personnelle des époux, puisque les meubles suivent le statut personnel de leur propriétaire (1). C'est là que se manifeste le caractère envahissant du statut réel : savoir si une personne peut accomplir un acte juridique, n'est-ce pas une question de capacité, donc de statut personnel ? Voilà le terrain sur lequel le statut personnel et le statut réel s'affronteront.

\*  
\* \*

Cette conception est celle du fondateur de la doctrine statutaire, d'Argentré. Elle a toujours été ad-

(1) *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 29.

mise dans son ensemble, mais, à la fin de l'ancien droit, elle a subi quelques atteintes.

La plus importante est le triomphe de l'opinion de Dumoulin sur les régimes matrimoniaux : ils sont soumis à la loi présomptivement choisie par les parties. La prépondérance de cette loi est l'idée maîtresse des *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, et l'application que Dumoulin en fait au contrat de mariage en est la plus importante. Les biens appartenant aux époux seront régis, quant aux rapports matrimoniaux, non par la loi de leur situation, mais par celle qui régit le contrat : *locum habebit ubique, etiam extra fines et territorium dicti statuti* (1). Malgré la vigoureuse critique de d'Argentré, l'opinion de Dumoulin triompha. Après avoir posé, dans sa première partie des « Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts » les principes généraux de la matière, Froland examine dans sa deuxième partie les différentes questions qui engendrent les conflits de coutumes et il commence par la communauté. Est-elle comprise dans le statut réel ? « Quoiqu'on pût défendre cette opinion par beaucoup d'exemples et d'autorités, il faut pourtant convenir que celle de M. Charles Dumoulin a prévalu... » (2).

(1) *Comm. in Cod.*, L. 1, tit. 1, p. 555.

(2) *Op. cit.*, 2<sup>e</sup> part., ch. 1, VIII, p. 194.



La même opinion est exprimée par Bouhier. « Pour traiter ces questions avec ordre, j'observerai d'abord que la liberté publique et la faveur des mariages ont autorisé l'usage de se soumettre en se mariant à telle coutume qu'on jugera à propos » (1). Or cette solution en a entraîné une autre qui amputait plus franchement le statut réel au profit du statut personnel : l'incapacité de la femme dotale est un statut personnel. Ce n'est pas sans grandes hésitations que Froland a fini par admettre cette conséquence du triomphe de Dumoulin. Dans son chapitre 21, il ne consacre pas moins de vingt-cinq pages à peser le pour et le contre, et finalement : « A considérer donc les choses avec toute l'attention qu'elles méritent, je dirai (mais toutefois en tremblant de lever un avis qui paraîtra peut-être extraordinaire) que l'opinion de ceux qui croient que le statut dont il s'agit est un statut personnel est celle qui convient le plus à la jurisprudence des arrêts qui ont été rendus sur des matières approchantes. Je n'ignore pas que Dumoulin n'a pas été universellement approuvé (2)... ».

Bouhier ne s'en est pas tenu là : il a été le précurseur de ceux qui, au xix<sup>e</sup> siècle, ont préconisé l'extension du statut personnel aux dépens du statut réel.

(1) *Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne*, ch. 21, n<sup>o</sup> 15, p. 385.

(2) *Op. cit.*, 2<sup>e</sup> part., ch. 21, IX, p. 1032.

Ainsi il déclare personnels les statuts qui « concernent la qualité d'héritier » (1), la quotité disponible (2), les donations entre époux (3). La personnalité du statut réglant l'incapacité de la femme mariée ne fait pour lui aucune difficulté ; il ne s'embarrasse pas des scrupules et des hésitations de Froland : « Je crois entrevoir ce qui le fait hésiter. Né et élevé en Normandie où l'on est extraordinairement entêté de la réalité des coutumes, comme il le reconnaît en maints endroits, il a peine à se débarrasser de ses préjugés et de la crainte de contredire ses compatriotes. Pour moi, qui n'ai pas les mêmes préventions, je ne balance point à dire que je ne vois ni écueils ni précipices, mais la vérité pure dans l'avis pour lequel cet exact et laborieux auteur s'est déterminé » (4).

On le voit même attaquer le statut réel au moyen de la règle *locus regit actum*, à propos des donations à cause de mort : « car ces coutumes qui défendent les donations à cause de mort permettent les testaments ; or la différence des deux actes ne regarde guère que la forme, à l'égard de laquelle la règle permet de suivre la coutume du lieu où se passe l'acte » (5) :

(1) *Op. cit.*, ch. 24, n° 139, p. 483.

(2) *Ibid.*, ch. 25, n° 50, p. 498.

(3) *Ibid.*, ch. 26, n° 37, p. 541.

(4) *Ibid.*, ch. 26, n° 16, p. 538.

(5) *Ibid.*, ch. 28, n° 58, p. 556.

c'est l'emploi ingénieux des qualifications dont la jurisprudence au <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle fera un si grand usage.

Aussi voit-on poindre au chapitre 31 : « De la réalité des statuts qui ont établi des précautions en faveur des personnes tierces », l'idée de sécurité des tiers qui est aux yeux des auteurs modernes le fondement de l'application de la *lex rei sitæ*. Bouhier est certainement en avance sur son temps : au chapitre XXXVI qui clôt la série de ceux qu'il a consacrés à l'étendue d'application des coutumes, il se demande si, dans le doute, un statut doit être tenu pour réel ou pour personnel, et conclut au n° 6 qu'« il doit être plutôt présumé personnel ». Avec les réserves dont elle s'entoure, c'est l'opinion diamétralement opposée à celle de d'Argentré.

\* \* \*

Peut-on considérer cette attitude comme celle où en était arrivée la théorie des statuts au <sup>xviii</sup><sup>e</sup> siècle ? Certainement non. C'est Bouhier lui-même qui nous l'apprend en déclarant, dans un des premiers chapitres consacrés à notre question, que la matière a été très obscurcie pour trois raisons : « La première vient d'un préjugé enraciné dans l'esprit des praticiens... savoir que toutes les coutumes sont réelles... ». « Une seconde cause de l'embarras de nos



auteurs sur ce point vient de leur déférence trop aveugle pour la jurisprudence des arrêts à laquelle ils ont voulu accommoder leurs jugements » (1). La jurisprudence et, par voie de conséquence, la doctrine paraissent donc bien avoir été contraires à l'opinion de Bouhier, de l'aveu même de celui-ci.

Boullenois traduit cette attitude dans son 25<sup>e</sup> principe : « Quand la nature du statut ne se développe pas absolument, par le mélange qu'il contient des personnes et des biens, il vaut mieux le présumer réel » (2).

Froland donnant, en son chapitre IV, des exemples de statuts réels, commence par les institutions de la garde noble et de la garde bourgeoise ; ceci n'a rien d'extraordinaire puisque Bouhier lui-même regardait la majorité féodale comme un statut réel. « Ce qui paraît faire le doute, reconnaît-il, c'est que la majorité est une qualité personnelle » (3). Les institutions féodales, ou d'origine féodale, mises à part, on trouve d'après Froland, dans les statuts réels, la puissance paternelle, les donations entre époux, le douaire, l'institution d'héritier, les donations, les successions, la « manière de les partager »,

(1) *Op. cit.*, ch. 23, nos 12 et 13, p. 451.

(2) *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, principes généraux*, p. 7. Cf. *Démissions de biens*, quest. 6, p. 164.

(3) Bouhier, *op. cit.*, ch. 29, n° 21, p. 565.

etc... : c'est bien la vieille conception qui subsiste. « Au reste », nous prévient-il, « ne vous laissez pas surprendre par la similitude apparente des cas, et songez qu'il en est encore une infinité où, du premier aspect, il semble qu'il faut se proposer pour règle le statut qui doit régler l'état et la condition de la personne, et où toutefois il faut prendre le parti contraire » (1).

Bouhier nous fournit le témoignage que ces vues ne restaient pas celles d'un auteur, mais qu'elles étaient adoptées par la jurisprudence. Il pense que la puissance paternelle est un statut personnel et cite un arrêt en sa faveur, contraire par conséquent à l'opinion professée par Froland. Celui-ci ayant critiqué l'arrêt, Bouhier lui répond : « Mais sur quoi donc est fondé l'étonnement de M. Froland ? Sur un préjugé du barreau moderne du Parlement de Paris que la puissance paternelle ne saurait s'étendre dans les coutumes qui n'en parlent point (2) ». L'état d'esprit des praticiens paraît donc bien en être resté aux vues de l'Argentré.

Une analyse judicieuse de cette jurisprudence est faite par Boullenois dans son 24<sup>e</sup> principe : « ... Le statut qui défend aux conjoints de s'avantager passe communément pour réel, parce qu'encore qu'on

(1) *Op. cit.*, 1<sup>re</sup> part., ch. IV, VII, p. 60.

(2) *Op. cit.*, ch. 23, n<sup>o</sup> 44, p. 468.

puisse lui donner pour motif celui de maintenir la paix entre les conjoints, il est susceptible de celui de conserver les biens de chacun d'eux à leurs héritiers ; mais il semble qu'il devrait être personnel, s'il était clair et précis que cette défense fût faite aux conjoints uniquement pour ne point se donner d'occasions de trouble et de désunion ; et néanmoins la jurisprudence est contraire. L'on ne considère que la chose défendue, et non le motif de la défense (1). »

Cette distinction entre le motif qui a inspiré le législateur et les effets de la loi est des plus intéressantes, et nous permet de conclure sur l'extension du statut réel à la fin de l'ancien droit : les auteurs concevaient des doutes au sujet de la légitimité d'un système qui englobait dans le statut réel des lois d'objets si différents, mais la pratique, considérant moins les intentions des législateurs que les effets des lois, maintenait en somme très fermement dans l'ensemble le principe « les coutumes sont réelles » avec à peu près toute l'extension que lui avaient donnée les premiers statutaires.

## SECTION II

### Domaine du statut personnel.

Si la notion du statut réel fut très compréhensive, celle du statut personnel fut au contraire parfaitement

(1) *Op. cit.*, p. 6.



délimitée. C'était assez naturel, puisque le fondement du statut réel avait conduit nos anciens auteurs à décider qu'en principe « les coutumes sont réelles », et qu'en cas de doute, par conséquent, un statut devait être tenu pour réel plutôt que pour personnel : puisque le statut personnel faisait ainsi figure d'exception, la logique commandait de déterminer avec exactitude l'étendue de cette exception.

Mais le plus curieux est que, si la notion du statut réel est différente dans l'ancien droit de ce qu'elle est dans la doctrine moderne, celle du statut personnel est au contraire d'une similitude frappante avec la nôtre, et la différence apparente des solutions admises (loi du domicile dans l'ancien droit, loi nationale aujourd'hui) ne doit pas faire illusion : notre conception du statut personnel se retrouve telle quelle dans d'Argentré et ses successeurs. Il est donc du plus haut intérêt d'examiner comment on avait limité l'application du statut personnel, puisqu'aussi bien c'est précisément le problème de cette limitation qui nous préoccupe à l'heure actuelle.

La formule de limitation a été lancée par d'Argentré. Qu'est-elle devenue chez ses successeurs ? Ce sont les deux points qui nous retiendront successivement dans cette section.

\*  
\* \*

D'Argentré introduit la notion de statut personnel

par la considération de son effet : soumettre les matières ainsi qualifiées à la loi du domicile : « *Cum de personarum jure aut habilitate quæritur ad actus civiles, in universum ea judicis ejus potestas est qui domicilio judicat, id est cui persona subjicitur, qui sic de eo statuere potest ut quod edixerit, judicarit, ordinarit de personarum jure ubicumque obtineat, quocumque se persona contulerit propter afficientiam personæ, sic enim loquamur* (1). »

Cette importante définition met surtout en lumière le fait que la loi compétente en matière personnelle est celle du domicile, et les conséquences qui en découlent. Il y a à la fin un embryon de justification de la règle dans l'idée d'*afficientia personæ*. Mais sur l'extension du statut personnel (quelles matières lui sont soumises), d'Argentré est excessivement concis : *personarum jus*, dit-il, expression qu'il développe un peu au début en ajoutant *aut habilitas ad actus civiles* sans qu'on sache très bien si cet *aut* est disjonctif ou explicatif, puisque plus loin il n'est plus question que du *personarum jus* ; l'incertitude n'a du reste aucune importance : l'*habilitas ad actus civiles* vise évidemment ce que nous appelons la capacité, peu importe que le *personarum jus* se réfère seulement à l'état des personnes par opposition à la capacité, ou désigne l'ensemble du statut personnel.

(1) *Loc. cit.*, n° 4.

D'Argentré donne tout de même au numéro 7 des exemples de statuts personnels : âge de la majorité, capacité de la femme mariée, protection des incapables, puissance paternelle, incapacité du prodigue.

Mais force lui est d'arriver à une formule de définition générale, du fait qu'il a introduit, entre les statuts réels et les statuts personnels, la catégorie intermédiaire des statuts mixtes. Déjà au numéro 7, il avait déclaré donner des exemples de *personalium statutorum, cum scilicet* « principaliter » *de personarum jure, conditione, et qualitate statuitur*, « abstracte ab omni materia reali ». Le *principaliter* introduit une idée qui restera : est personnel le statut qui vise « principalement » la personne, règle utile, étant donné le grand nombre de lois dont les effets portent à la fois sur les personnes et les choses ; malheureusement, règle vague dans son contenu, car comment déterminer le principal et l'accessoire ? Aussi d'Argentré ne s'y arrête pas, et il indique un autre critérium plus brutal, mais plus net, et qui du reste est dans la logique de son système : *abstracte ab omni materia reali*. Sitôt qu'il est question d'immeubles (n'oublions pas que *realis* signifie immobilier), le statut n'est plus personnel, solution logique puisque le réel l'emporte toujours en cas de doute sur le personnel.

Ce n'est pas tout. Pour être personnel, le statut

ne doit pas seulement être étranger à toute question immobilière, il doit de plus viser « l'état universel » de la personne : c'est la grande invention de d'Argentré, et il l'a exposée avec une clarté admirable au numéro 14 : « *sed nos præter vulgares scholasticorum hominum sententias, personam aliter affici negamus statuto quam cum de universali personae statu disponit et alium a priori inducit aut alterat : veluti in interdictis, notatis, excommunicatis et prodigis accidit, non item si particulari aliqua causa potentia agendi impediatur circumscriptive ad aliquem actum* ». C'est l'introduction, en termes parfaitement précis, de la distinction entre les incapacités et les prohibitions d'actes déterminés.

Quelques lignes plus loin, il développe une justification de sa distinction qu'avait déjà fait prévoir le *personam affici negamus*. Il dit : « *Monstrabimus hactenus perperam esse haec aliter in scholis tradita, quæ ab his qua καθ' ἑκαστα male solent ad τὰ καθόλου concludere vitioso genere argumentandi, nec distinguunt particulares afficientias ab universalibus quæ* » « statum mutant ». « En somme, le statut personnel est essentiellement celui qui *mutat statum*, qui *afficit personam* : il faut vraiment que tout l'être de la personne soit atteint, modifié par une loi, pour que cette loi puisse être qualifiée de statut personnel. Toutes les questions d'état des personnes seront donc



statut personnel sans hésitation (réserve faite des matières féodales et de l'autre limitation au statut personnel, la *materia realis*) ; quant aux lois de capacité, elles ne seront statuts personnels qu'à condition d'être en rapport étroit avec les matières d'état, de *mutare statum*, selon l'expression de d'Argentré.

Il y a là une conception qui mérite de retenir l'attention. Visiblement, d'Argentré est dominé par l'idée qu'il y a deux sortes de dispositions relatives à la personne. Les unes, soit qu'elles constatent un fait, comme la démence, soit qu'elles créent un état juridique, comme la minorité, n'en sont pas moins dans les deux cas le signe que la personne « est » d'une certaine manière. Au contraire, la prohibition d'un acte déterminé crée seulement un lien de droit extérieur à la personne, qui l'intéresse sans doute, mais ne change pas sa manière d'être, qui peut modifier son activité, mais ne la change pas, elle.

Quels que soient le bien fondé et la netteté de cette distinction, son existence n'en paraît pas moins certaine, et s'est manifestée sous deux formes.

En premier lieu, à propos de la capacité du mineur d'aliéner ses immeubles situés hors de la coutume de son domicile. D'après les principes posés, la loi à consulter sur ce point devrait être celle du lieu de l'immeuble, puisque, dès qu'un immeuble est en cause, nous sommes dans le statut réel. Et

c'est bien ce que semble décider d'Argentré au n° 8. Mais au n° 47, par une contradiction célèbre, il donne la solution contraire : un gentilhomme domicilié au Mans avait de grands biens en Bretagne, où la coutume permettait à cette époque de les aliéner librement à partir de l'âge de 20 ans, alors que celle du Mans exigeait l'âge de 25 ans. Ce gentilhomme, voulant réaliser une partie de ses possessions bretonnes, à quel âge le pouvait-il ? Sans une ligne de discussion, d'Argentré répond : 25 ans. Il se justifie en quelques mots : « *Ratio est quia hic abstracte de habilitate personæ et universali ejus statu quæritur, ideoque persona a statuto domicilii afficiatur.* » Ainsi, ajoute-t-il, si un Parisien veut aliéner un de ses biens situé en Bretagne, il faudra qu'il attende d'avoir 25 ans, bien qu'en Bretagne on soit majeur à 20 ans.

Tous les auteurs ont remarqué cette contradiction manifeste avec les principes affirmés tout au cours de la glose 6. Cette contradiction ne pourrait-elle pas s'expliquer ? D'Argentré avait fixé deux limites au statut personnel : 1° Exclusion de toute question immobilière ; 2° Exclusion de ce qui ne touche pas à « l'état universel » de la personne. Dans le cas présent, les deux limites font double emploi en ce sens qu'elles jouent toutes les deux. Malheureusement la première conduit à exclure la disposition envisagée

du statut personnel, la seconde à l'y englober. Quelle règle faire prévaloir ? Il est certain qu'étant donné le principe général que « les coutumes sont réelles », principe qui conduit à déclarer réel tout statut sur lequel il y a doute, la solution ne devait pas faire hésiter : le statut personnel est une exception à interpréter restrictivement ; entre les deux critères, il fallait faire prévaloir celui qui restreignait le plus le champ du statut personnel. Et pourtant d'Argentré a fait prévaloir l'autre. Qu'en conclure, sinon que, la contradiction étant du reste, comme on a pu le voir, moins violente qu'elle ne le paraissait à première vue, d'Argentré n'a pu se défaire de l'idée que la minorité est une qualité de la personne, la suit partout où elle va ? quand on « est » quelque chose, on ne peut être autre chose, le principe d'identité s'y refuse, et il ne dépend pas d'événements extérieurs de changer ce que vous êtes. Au contraire, quand la coutume de votre domicile interdit les donations entre époux, cette interdiction vise sans doute la personne, mais sans atteindre son être, sans le changer : quand cette personne aura des biens situés dans une coutume ignorant cette prohibition, elle pourra valablement les donner à son conjoint.

Le second point sur lequel s'est manifestée cette conception « ontologique », pourrions-nous dire, est la question des effets des jugements statuant en

matière d'état et de capacité. Dire qu'un individu est soumis à une certaine loi en ce qui concerne son état et sa capacité, oblige assurément à consulter cette loi pour régler tous les litiges relatifs à ces matières, mais cette règle oblige-t-elle à respecter les jugements rendus à ce sujet par les autorités judiciaires du pays où la loi visée est en vigueur ? Il est très remarquable que jamais la jurisprudence française n'a varié sur ce point, ni sous l'ancien régime, ni depuis la Révolution, et a toujours répondu affirmativement.

Et véritablement il aurait pu y avoir doute. Entre « loi » et « jugement rendu par une autorité judiciaire du pays où la loi est en vigueur », il y a tout de même une différence. C'est bien l'avis qu'expriment MM. Pillet et Niboyet à propos du droit de révision des jugements étrangers préalablement à l'exequatur, combattant la théorie qui voudrait assimiler les jugements à la loi pour nier le droit de révision (1). Evidemment l'ancien droit séparait moins que nous l'exercice des trois pouvoirs, et les arrêts de règlement entretenaient cette confusion relative. Mais, malgré tout, les arrêts de règlement étaient chose exceptionnelle, et on distinguait bien la coutume, écrite et publiée, d'un simple jugement.

(1) *Manuel*, 1<sup>re</sup> éd., p. 699.



Or l'assimilation du jugement à la loi, en notre question, est faite sans hésitation. Qu'on se rappelle la formule de d'Argentré *quod edixerit, judicarit, ordinarit de personarum jure*. Quels sens précis doivent être respectivement reconnus à ces trois termes est peut-être difficile à déterminer. Le premier semble plutôt désigner la fonction législative, et le second la fonction judiciaire, le troisième ayant le sens vague de tous les mots qu'on ajoute aux formules par souci d'éviter toute lacune. Et le *judex* qui est le sujet des trois verbes doit faire allusion à l'autorité en général : du reste la confusion des fonctions est constante sous l'ancien régime ; d'autre part, le mot *judex* implique de toute façon qu'on tient compte des décisions de l'autorité judiciaire.

Et en effet, dans les exemples d'incapacités, celles du fou et du prodigue, comme on l'a pu voir, reviennent constamment. Comment ne pas voir là une autre manifestation de cette idée que l'« état » de quelqu'un est un fait, quelque chose qui « est » (état ne signifie-t-il pas « ce qui est », de *status, stare* ?) ; contre ce fait, contre cet être, les événements extérieurs, comme le passage d'un territoire à un autre, ne peuvent rien.

Le fond de l'idée me paraît si certain qu'il a conduit, comme nous le verrons, la jurisprudence à déclarer au xix<sup>e</sup> siècle les jugements étrangers sta-

quant en matière d'état et de capacité susceptibles d'être invoqués en France sans exequatur : quand un Allemand a été déclaré prodigue dans son pays, il ne dépend pas d'un tribunal français de modifier un état qui existe par lui-même dans la réalité des choses.

La notion du statut personnel n'a donc pas changé sur ce point depuis le xvi<sup>e</sup> siècle. Mais de nos jours on voit principalement dans le statut personnel l'ensemble des lois qui doivent suivre la personne en tous lieux, parce qu'elles ont été faites spécialement en raison du caractère de la personne. Cette idée ne se trouve pas explicitement dans d'Argentré, comme on l'a pu voir, mais elle se rencontre chez Dumoulin à propos d'une disposition connue de la Coutume de Normandie : « *Uxor vendens heredium, viro authore, vel cum eo possit post mortem viri revocare. Habet enim locum in subditis, non solum pro bonis sitis in Neustria, sed etiam ubique. Quia ratio constitutionis est quoniam in Neustria mulieres sint ut ancillæ multum viris suis subditæ, qui sunt avari et fraudatores ut plurimum, ita quod præsumptio fraudis in viro Normanno et justi timoris in femina nupta habitandi in Neustria propter mores loci* (1). » Cette disposition doit suivre les Normands partout,

(1) *Loc. cit.*, p. 556.

parce qu'elle a été faite spécialement en vue du caractère normand.

\*  
\* \*

Cette conception de l'extension du statut personnel était en somme très analogue à la nôtre quant à son fondement, mais en différait par les limites très précises qui lui avaient été fixées. Est-elle particulière à d'Argentré ou s'est-elle maintenue jusqu'à la fin de l'ancien droit ? Nous ne discutons pas la question de savoir si d'Argentré en est l'auteur exclusif ou non. Il est certain que les statutaires italiens avaient eu l'idée de la loi convenant spécialement à la personne, et c'est justement dans Dumoulin que nous la retrouvons. Or Dumoulin se rattache plutôt, me semble-t-il, bien que la question soit discutée, à l'école de Bartole qu'à l'école française : témoins ses préoccupations du *jus commune* et de la distinction entre statuts favorables et odieux. Quoi qu'il en soit, nous trouvons la doctrine dans d'Argentré, qu'est-elle devenue au XVIII<sup>e</sup> siècle ?

Froland est beaucoup moins affirmatif que d'Argentré dans la définition des statuts ; au chapitre III de la première partie des *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, il multiplie les citations des opinions de ses devanciers, et se déclare

fort embarrassé pour prendre parti (1). Nous verrons à propos des statuts mixtes l'objet exact de son embarras. Mais ses contemporains paraissent avoir eu moins de scrupules que lui. Au chapitre V de la première partie intitulé : *Du statut personnel*, il raconte que « dans une des conférences qui furent faites à la bibliothèque de MM. les avocats du Parlement de Paris pour l'examen d'une des questions mixtes..., l'on s'attacha fort à imaginer les moyens qu'il fallait mettre en œuvre pour connaître et distinguer au juste la qualité d'un statut. La chose parut difficile à toute l'assemblée, et la plupart des opinions se déterminèrent à dire qu'en pareil cas il fallait mettre toute son application à développer quel avait été l'esprit du législateur en l'établissant, et si son dessein avait été de faire tomber la permission qu'il donnait ou la prohibition qu'il portait, ou l'ordonnance qu'il renfermait sur la chose même, sans faire aucune attention à la personne, ou si au contraire le législateur avait eu, dans la permission, la défense ou l'ordonnance établie par son statut, pour seul et unique objet la personne, sans comprendre uniquement la chose dans sa disposition, *primario et universaliter personam, abstracte ab omni materia reali*; que, dans le premier cas, le statut devait être considéré

(1) *Op. cit.*, p. 54.



comme réel, et que dans le second il était personnel (1) ».

Evidemment, on sent percer l'idée que chaque loi mérite un examen particulier pour qu'on décide de son caractère, mais le besoin d'une formule générale est plus fort que tout, et c'est la formule de d'Argentré qui se retrouve telle quelle : *universaliter, abstracte ab omni materia reali*.

Boullenois va beaucoup plus loin, au moins dans son dernier ouvrage, le *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*. Dans les *Dissertations sur les statuts*, on retrouve encore l'écho de la théorie classique : « Le statut qui règle directement et principalement les biens ou les actions réelles ou qui met dans la personne une capacité ou incapacité particulière, contraire à son état général, est un statut réel. » C'est une reproduction exacte de la distinction de l'« état universel ». Mais la suite est moins fidèle : « Mais le statut qui ne dispose à l'occasion des fonds que par la suite et la conséquence de l'état et condition de la personne est un statut personnel (2). » L'*abstracte ab omni materia reali* a donc disparu : la limite de l'« état universel » a paru plus solide aux yeux de Boullenois. Mais dans le *Traité*

(1) *Op. cit.*, p. 84.

(2) *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes. Préliminaires*, pp. XIX et XX.

*de la personnalité et de la réalité*, son dernier ouvrage, il abandonne même ce second critère. Boullenois était du reste, c'est connu, de tempérament novateur, et les termes mêmes dans lesquels il rejette l'ancien système montrent que celui-ci ralliait encore presque tous les esprits : « Il faut bien se donner garde de croire, écrit-il (1), qu'un statut ne soit personnel : 1° qu'autant qu'il règle l'état universel de la personne ; 2° qu'autant qu'il le règle, abstraction faite des biens. C'est cependant le langage de nos meilleurs et de presque tous nos auteurs qui exigent l'un ou l'autre, et quelques-uns exigent les deux ensemble. »

Boullenois n'offre du reste rien de bien satisfaisant à la place de ce qu'il rejette. Il introduit une distinction entre les statuts personnels universels et les statuts personnels particuliers, ceux-ci se divisant à leur tour en particuliers purs personnels et particuliers personnels réels... Cet effort, pour assouplir les catégories, rend leurs limites bien plus indécises : il n'a pas fait fortune.

De plus, si sa critique de la théorie de d'Argentré est réellement très vigoureuse, il montre lui-même que l'objet de son attaque contenait une idée profonde. C'est à propos de l'émancipation. Il écarte les

(1) *Traité de la personnalité*, Obs. 4, p. 42.

deux critères de d'Argentré ; l'*abstracte ab omni materia reali* est impossible à réaliser, car toute loi a un effet sur les biens. Quant à l'« état universel », il n'est pas meilleur : le statut réglant l'incapacité du mineur émancipé ne devrait pas être personnel d'après d'Argentré, car le mineur émancipé n'a qu'une demi-capacité : le statut n'influe donc pas sur son état universel (1). Cette remarque montre un sens aigu de la difficulté qu'il y a à distinguer les incapacités générales des incapacités spéciales, mais quatre pages plus loin, il déclare le statut de l'émancipation *universel secundum quid*, ne pouvant se résoudre à le qualifier personnel particulier : c'était l'aveu le plus clair que la doctrine de d'Argentré contenait tout de même une idée juste.

Bouhier est encore plus connu que Boullenois comme novateur hardi. Il rejette catégoriquement la doctrine de d'Argentré : « Je ne conviens pas du principe qu'une incapacité particulière accordée contre l'état général de la personne opère la réalité du statut qui accorde cette capacité (2). » Et plus loin : « Autrement, il (Dumoulin) contredirait une autre règle qu'il a établie ailleurs et qui est aujourd'hui généralement reçue que *quando statutum principaliter, primarie, et directe disponit in personas sub-*

(1) *Traité de la personnalité*, p. 43.

(2) *Op. cit.*, ch. 24, p. 477.

*jectas, non est inconveniens quod in consequentiam et per indirectum habeat effectum ubique etiam in bonis sitis extra locum consuetudinis* (1). Nous avons vu en effet percer chez les auteurs au xviii<sup>e</sup> siècle la préoccupation d'analyser chaque disposition séparément pour apprécier si elle ne pourrait pas être qualifiée personnelle malgré la présence d'un certain élément réel. Mais ici l'*abstracte ab omni materia reali* est ouvertement mis de côté.

Nous savons du reste (2) que Bouhier tient dans le doute un statut pour personnel.

En somme, la matière qui au xviii<sup>e</sup> siècle constituait indiscutablement le fond du statut personnel était ce que nous appelons les incapacités générales. Froland nous le dit expressément dans le chapitre V de sa première partie, chapitre consacré au statut personnel. Après avoir donné au paragraphe 1<sup>er</sup> la définition, et avoir posé, au paragraphe 2, le problème des qualifications, il se débarrasse au paragraphe 3 des statuts indubitablement personnels : « Je n'ai pas de peine à concevoir la raison pour laquelle on met au nombre des statuts personnels ceux qui regardent la majorité, l'interdiction, l'autorisation du mari et l'intercession ou obligation de la femme. Il s'agit en tous ces cas de l'état universel de la personne ; celui

(1) *Op. cit.*, ch. 24, p. 478.

(2) Ci-dessus, p. 24.



qui, par la loi de son origine et de son domicile, est majeur, conserve sa qualité partout, et ne peut être mineur ailleurs et vice versa ; l'homme contre lequel il a été prononcé pour un mauvais ménage, dissipation de biens, ou autre cause, une sentence d'interdiction par le juge du lieu dans lequel il fait sa résidence actuelle, a les mains liées en quelque lieu qu'il aille (1). » On reconnaît l'influence persistante de d'Argentré : la conception que, quand on « est » majeur on ne peut être mineur sous prétexte qu'on a changé de résidence, ne trahit-elle pas que l'idée de d'Argentré vit toujours ? La fin de la citation montre que le terme « interdiction » vise aussi les prodigues. Les incapacités qui constituent le fond du statut personnel sont donc en somme celles du mineur, de l'interdit, du prodigue et de la femme mariée, parce qu'elles sont inséparables de l'état de la personne.

### SECTION III

#### **L'idée des statuts mixtes.**

L'idée des statuts mixtes est bien intéressante pour le juriste curieux des questions de méthode. Elle déroute l'esprit au premier abord, parce qu'elle a fait couler des flots d'encre sans qu'on ait pu arriver à s'entendre. A y regarder d'un peu près, on finit

(1) *Op. cit.*, p. 89.

par penser que le statut mixte n'a été qu'une étiquette sous laquelle les auteurs ont fait passer des conceptions absolument différentes les unes des autres. Et pourtant, il y a une unité dans ce chaos : celle du but poursuivi.

La classification des statuts en deux catégories a subi le sort de la plupart des classifications ; elles sont justifiées pour les termes extrêmes qui s'opposent nettement les uns aux autres, mais il y a toute la série des termes intermédiaires qu'on n'a aucune raison décisive de placer dans telle catégorie plutôt que dans l'autre, parce qu'ils participent à la fois des caractères des deux groupes. Dans ces cas-là, le procédé qui vient immédiatement à l'esprit est de créer une catégorie intermédiaire. Malheureusement ce n'est possible qu'à deux conditions : 1° que les limites des termes intermédiaires par rapport aux extrêmes soient déterminables ; 2° qu'on puisse attacher au nouveau concept ainsi défini un effet propre : si vous créez entre la solidarité et le cautionnement le concept de cautionnement solidaire, ce concept ne vivra qu'à condition que l'on sache : 1° à quels cas s'applique l'idée de cautionnement solidaire ; 2° quels effets y sont attachés : c'est l'opposition bien connue en logique entre l'extension et la compréhension des concepts. Or, en ce qui concerne les statuts mixtes, si la première condition était très réalisable,

la seconde ne l'était pas, et c'est ce qui explique à la fois les efforts persévérants des auteurs pour bâtir cette théorie, et leur échec complet.

La première condition était réalisable en ce sens que de nombreux statuts touchaient à la fois la personne et les biens, et n'entraient donc pas nécessairement soit dans le statut personnel, soit dans le statut réel. Et on a pu voir que les dispositions de capacité spéciale (1) étaient au premier rang de ces statuts embarrassants : l'importance de la notion de capacité dans les rapports de droit privé ne date pas d'aujourd'hui ! L'idée de créer la catégorie des statuts mixtes apparut dès le xvi<sup>e</sup> siècle.

Dumoulin n'en parle pas. Froland le remarque (2), et en attribue l'invention à Aretin et au Panorme (3). Il n'en est du reste pas sûr, et ne donne aucune preuve à l'appui. Quoi qu'il en soit, c'est chez d'Argentré que nous rencontrons l'idée pour la première fois, ce qui s'explique, puisque il a contribué plus que tout autre à rendre tranchée la distinction entre statuts personnels et réels. Il est du reste le seul à en avoir proposé une notion claire. Seulement cette clarté venait de ce que le statut mixte n'était dans son système qu'un ornement inutile.

(1) Ci-dessus, p. 13.

(2) *Op. cit.*, 1<sup>re</sup> part., ch. 6, p. 114.

(3) *Ibid.*, p. 116.

Après avoir défini le statut réel et le statut personnel, il déclare au n° 5 'qu'on s'est souvent trompé dans la répartition des statuts entre ces deux catégories, et il explique ces erreurs : « *Sed et in ea distinctione tertium quod erat adjiciendum membrum omiserunt, valde illud etiam necessarium de his dispositionibus quæ in rem quidem conceptæ reperiuntur, sed tamen rerum in his consideratio præcipue est, qui casus mixtus est de personis et rebus.* » Et il donne alors explicitement quelques lignes plus loin la règle à suivre en ces cas mixtes : « *Cujusmodi casus cum incidunt, et de dominiis transferendis agitur, posterior est personarum consideratio et statuta locorum de rebus pervincunt.* » Ainsi le statut mixte a le même effet que le statut réel : soumettre les dispositions qu'il englobe à la loi de la situation de la chose. Et par la suite, d'Argentré ne traite plus les statuts mixtes qu'avec les statuts réels (1).

La conception est donc parfaitement nette : les cas de statuts mixtes sont tous ceux où il est question à la fois de la personne et de la chose, les effets du statut mixte sont ceux du statut réel : la théorie était bâtie, mais n'était qu'un trompe-l'œil. Du moment qu'on déclarait la prééminence du statut réel sur le statut personnel, il était évident qu'en cas

(1) N° 9 et 10 par exemple.



de doute, c'est-à-dire quand il était question à la fois de la personne et de la chose, le statut réel devait l'emporter : donc la solution était la même, qu'on parlât de statut mixte, ou qu'on n'en parlât pas. Ce n'était qu'un mot signalant une difficulté, déjà résolue en vertu d'un principe antérieurement admis.

Mais quand ce principe ne fut plus admis aussi sincèrement, on chercha instinctivement à corriger sa rigueur par l'idée des statuts mixtes. On trouvait le statut réel trop envahissant, il fallait donc lui enlever certains domaines : ce seraient les statuts mixtes. Mais ces statuts mixtes, quelle loi leur appliquerait-on ? Là gisait la difficulté qui ne fut jamais résolue : c'est la deuxième condition que nous avons indiquée. On n'a pas pu sortir du dilemme : ou appliquer la loi personnelle, ou appliquer la loi de l'immeuble. C'était toujours, en effet, à propos d'immeubles que se posaient les difficultés sérieuses, les meubles n'en valaient pas la peine ; or quelle autre loi aurait-on pu appliquer ? La *lex loci actus* ? Ce n'était évidemment pas une question de forme. La loi présomptivement choisie par les parties ? Elle n'était pas plus compétente puisqu'il s'agissait, non de l'acte donnant naissance au droit, mais du droit lui-même : toute la question était de savoir si, dans ce droit, la considération de l'objet ou celle du sujet

devait prédominer : dans le premier cas, c'était la *lex rei sitæ*, dans le second cas la loi personnelle, il n'y avait pas de moyen terme. Au contraire, il y avait, et il y a toujours, un moyen terme entre les droits concernant essentiellement le sujet de droit et ceux qui concernent essentiellement l'objet : ce sont ceux qui visent les deux, sans que la considération de l'un ou de l'autre soit prédominante.

C'est cette équivoque du moyen terme, possible quant à l'objet, impossible quant aux effets des statuts, qui a prolongé les recherches sans issue dans la direction des statuts mixtes. On sentait bien qu'il y avait toute une catégorie de statuts que leur nature permettait de mettre à part. Mais ce groupement n'avait aucun intérêt, car on était toujours réduit à le régir soit par la loi réelle, comme l'avait fait d'Argentré, soit par la loi personnelle, ce qu'on n'osait pas faire, et avec raison. Il semble que les grands esprits comme Burgundus, Rodenburg, Stokmans, aient compris dès le xvii<sup>e</sup> siècle que, s'il était tentant d'isoler certains statuts de caractère mixte, il était impossible d'attribuer un effet propre à cette nouvelle catégorie (1).

Paul Voet par contre a proposé une solution bizarre que rapporte Froland (2) : le statut mixte,

(1) Froland, *op. cit.*, ch. VI, n<sup>os</sup> 4, 5, 6.

(2) *Ibid.*, p. 135.

pour participer à la fois du caractère réel et du caractère personnel, s'étendrait à toutes les personnes du territoire, et à tous les biens situés sur le territoire et hors du territoire. On ne voit pas très bien comment avec ce système se résolvent les conflits de statuts mixtes, il aboutit au fond à la réalité pure et simple.

Boullenois essaye encore de sauver l'idée, et d'une façon assez ingénieuse : il multiplie les catégories de statuts intermédiaires entre ceux qui visent exclusivement la personne et ceux qui regardent uniquement les biens (1) : lois personnelles universelles, lois personnelles particulières pures personnelles, lois particulières personnelles réelles (celles-ci appelées mixtes), et il assigne à chacune de ces catégories un effet différent. Seulement ce système qui restreint peut-être la deuxième difficulté en ce sens qu'il permet de mieux qualifier chaque disposition, donc de la régler par une solution plus adéquate, augmente la première, car les limites entre ces casiers sont vraiment impossibles à déterminer. Cette survivance de l'idée de statut mixte est d'autant plus curieuse que dans les *Dissertations sur les Statuts* (2) il

(1) *Traité de la personnalité. Principes généraux*, p. 4 et 5.

(2) *Préliminaires*, p. XIX.

avait déclaré qu'il n'y a pas de statuts mixtes.

Bouhier rejette carrément l'idée de statut mixte : « Quoique cette distinction soit très vraie en elle-même, elle est pourtant de nul usage dans la jurisprudence. La raison en est sensible. C'est que les jurisconsultes s'attachent moins à l'essence des choses qu'à leur effet... Or l'effet qui constitue la différence essentielle entre les statuts réels et les personnels consiste en ce que les premiers se renferment sur leur territoire, au lieu que les personnels ont leur exécution au delà même de leurs limites... Cela supposé, on comprend aisément pourquoi la qualité de mixte est de nul usage pour la décision des questions qui concernent la personnalité ou la réalité des statuts. Car, comme le statut mixte tient de la nature des uns et des autres, il faudrait qu'il pût en même temps passer les bornes de son territoire et être restreint dans ces mêmes bornes. Or cela n'étant pas possible, il a été nécessaire que les jurisconsultes rangeassent ces sortes de statuts dans la classe des personnels ou dans celle des réels. C'est ce qu'a reconnu d'Argentré lui-même en soutenant que tout statut mixte était réel. En quoi il a détruit d'un seul trait la distinction des trois sortes de statuts qu'il avait voulu introduire. Car si tous les mixtes sont réels, il faut revenir à l'ancienne distinction qui ne supposait que deux sortes de statuts, les



réels et les personnels (1). » Cette condamnation paraît vraiment sans appel.

Et c'est Froland qui nous permet de conclure : « Quant à moi, je serais assez d'avis de ne diviser, comme on l'a fait anciennement, les statuts qu'en réels et personnels, ce d'autant plus que ceux qui admettent les statuts mixtes ne leur donnent point plus de force ni de pouvoir d'une plus grande étendue qu'à ceux qui sont purement réels qui ne sortent point de leur territoire... Tout le point de la difficulté consiste, comme j'ai déjà dit bien des fois dans le cours de cet ouvrage, à savoir distinguer au juste quand le statut concerne la chose ou quand il s'applique à la personne (2). » C'est ce que nous appelons le problème des qualifications : il faut analyser chaque disposition en elle-même pour savoir quelle loi lui est applicable. Le statut mixte était un essai pour éviter ce problème, mais il reposait sur une erreur de méthode : on s'explique qu'il n'ait pas survécu à l'ancien droit.

(1) *Op. cit.*, ch. 23, p. 453, nos 28 à 32.

(2) *Op. cit.*, p. 146.

## CHAPITRE II

### L'APPLICATION AU STATUT PERSONNEL DE LA LOI DU DOMICILE.

En somme la conception que se faisait l'ancien droit du statut personnel, quant à son fondement, était conforme à la nôtre ; en fait les matières qui le constituaient étaient moins nombreuses qu'aujourd'hui parce que les conditions politiques et économiques étaient différentes de ce qu'elles sont maintenant et qu'en conséquence la conception du statut réel était plus large que dans la doctrine actuelle. Mais le fondement du statut personnel était bien le même qu'aujourd'hui, à savoir le sentiment que certaines questions du droit des personnes ne peuvent être résolues que par une loi qui suit la personne en tous lieux. Et nous avons montré (1) que ces questions comprenaient principalement les incapacités générales. Quant aux incapacités spéciales, nous savons qu'elles ont été la raison d'être de la théorie des statuts mixtes (2) dont nous avons vu l'échec.

(1) Ci-dessus, p. 44.

(2) Ci-dessus, p. 46.

Alors se pose la seconde question relative aux antécédents de la règle actuelle sur le statut personnel des étrangers : si l'ancien droit a eu la même conception que nous du statut personnel, pourquoi l'a-t-il régi par la loi du domicile alors que nous le régissons par la loi nationale ?

La réponse qui vient naturellement à l'esprit est la suivante : avant le Code civil, il y avait en France autant de systèmes juridiques distincts que de coutumes provinciales ; pour rattacher un individu à sa loi personnelle, par exemple un Normand à la Coutume de Normandie, on ne pouvait donc prendre la nationalité, puisqu'à la nationalité française ne correspondait pas la coutume normande et qu'à la coutume normande ne correspondait aucune « nationalité normande ». En l'absence de lien juridique entre l'individu et sa province, analogue au lien de nationalité entre l'individu et son pays, on était bien obligé de le déclarer soumis à la coutume de sa province en raison seulement du fait qu'il y était domicilié.

Ce raisonnement explique suffisamment par lui-même que l'ancien droit ait adopté la loi du domicile et non la loi nationale. Mais il laisse entière la question de savoir quelle signification avait la loi du domicile ainsi adoptée. Le raisonnement que nous avons fait insinue qu'on a adopté la loi du domicile parce qu'on ne pouvait pas prendre la loi nationale ;

sans doute on ne pouvait pas la prendre, mais est-il sûr qu'on l'aurait prise si on l'avait pu ? Autrement dit, l'ancien droit n'a-t-il pas adopté la loi du domicile parce qu'il trouvait le fait du domicile préférable au lien politique de rattachement à une communauté (province ou Etat) pour la détermination du statut personnel ?

On saisit l'intérêt de la question. Si l'ancien droit a vu dans le domicile le signe du rattachement politique à la province, le Code civil n'a rien innové en substituant à ce rattachement politique à la province le rattachement politique au pays entier par la nationalité : c'était la conséquence nécessaire de l'unification du droit. Si au contraire l'ancien droit a vu dans le domicile un élément de fait déterminant avantagement la loi personnelle parce qu'il renseigne suffisamment sur les habitudes, les relations, les intérêts actuels et véritables de l'individu, il a eu une conception très différente de celle du Code civil, il a eu la conception des pays anglo-saxons qui, encore aujourd'hui, régissent le statut personnel par la loi du domicile. En ce cas, le Code civil a profondément innové.

Or le raisonnement fait plus haut ne résout pas le problème. Que disent les auteurs là-dessus ? Ils ne se sont évidemment pas posé la question dans les termes où nous nous la posons après le Code civil,



aussi ne peut-on tirer de leur témoignage une conclusion décisive. Il se dégage tout de même une certaine impression des termes qu'ils emploient.

Reprenons la définition que donne d'Argentré du statut personnel (1) : « *Cum de personarum jure aut habilitate quæritur ad actus civiles in universum ea judicis ejus potestas est qui domicilio judicat* » id est cui persona subjicitur » *qui sic de eo statuere potest ut quod edixerit, judicarit, ordinarit de personarum jure ubicumque obtineat quocumque se persona contulerit propter affcentiam personæ, sic enim loquamur.* » Il y a là une définition du domicile, et c'est la définition d'un lien politique : la loi du domicile est celle de l'autorité dont vous dépendez.

La même signification de lien politique se retrouve dans Dumoulin (2) : « *Aut statutum agit in personam, et tunc non includit exteros sive habilitet sive inhabilitet personarum, unde, si statuto hujus urbis cavetur quod contractus facti per minorem 25. annis non valeant sine consensu suorum propinquorum et auctoritate judicis, non intelligitur* » nisi de subditis suæ jurisdictioni. »

Bouhier et Froland disent simplement que le statut personnel est soumis à la loi du domicile sans préciser la signification de cette notion de domicile.

(1) *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 4.

(2) *Opera*, t. III, *Conclusiones de statutis*, p. 556.

Tout leur effort porte, on l'a vu, sur la détermination de ce qui constitue le statut personnel. Dans Boullenois par contre, on trouve une doctrine des plus nettes : « Comment concevoir qu'un homme qui arrive dans un lieu, qui n'y est que pour autant de temps que ses affaires qui l'y conduisent pourront l'exiger de lui, reçoive l'impression d'une loi qu'il ne connaît pas et qui, comme étrangère, n'a nullement été faite pour lui ? On ne parle pas de ces lois de police... mais nous parlons de ces lois particulières et domestiques faites pour former dans l'homme un certain état et une certaine condition..., or par rapport à cet objet n'est-il pas raisonnable de consulter la loi de son domicile ? Si les hommes vont et viennent, s'ils n'adhèrent pas à la terre d'une adhésion d'incorporance, ils y adhèrent fictivement et politiquement en choisissant un lieu pour y couler leurs jours et y établir le siège de leurs affaires et de leur fortune (1). » La loi personnelle répond donc à un double besoin : besoin de stabilité, besoin d'une loi spécialement adaptée à la personne : celle qui répond le mieux à ces desiderata est la loi de la communauté à laquelle l'individu est rattaché politiquement par le domicile.

Est-il légitime de voir dans le domicile, ainsi que

(1) *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, 1<sup>re</sup> question, p. 3.

les textes semblent y inviter, le signe de la sujétion à une autorité politique ? La chose semble assez naturelle si on fait un retour en arrière sur les origines de notre droit français. Au Moyen Age, et avec le régime féodal, le lien qui rattachait juridiquement un individu à un groupement politique donné ne se définissait pas par les mêmes éléments qu'aujourd'hui. Nos règles actuelles sur la nationalité s'inspirent de la filiation ou du lieu de naissance ; le haut Moyen Age s'attachait essentiellement au lien de sujétion entre un homme et un autre plus puissant, exerçant l'autorité politique. Cette sujétion, tout utilitaire et acceptée en vue de la protection qui en résultait, n'avait d'intérêt que pour ceux qui habitaient aux alentours de la résidence du seigneur, autrement dit qui étaient domiciliés sur son territoire. D'ailleurs la sujétion personnelle, la *commendatio*, était la plupart du temps la raison d'être de ce domicile par l'octroi d'un bénéfice, à moins qu'elle ne fût la cause de la constitution du territoire seigneurial par l'abandon que faisait au seigneur de sa terre celui qui obtenait la protection (1). Le parallélisme de la hiérarchie des terres et de celle des personnes est d'ailleurs un des traits les plus saillants du système féodal.

(1) Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques. Origines du système féodal*, ch. XV, *Bénéfice et sujétion*, p. 333-334.

Cette liaison entre le domicile et la dépendance politique se perpétua à travers tout le Moyen Age. Le vassal était libéré de ses obligations envers son suzerain par le déguerpissement (1). Le simple fait de la résidence, non seulement déterminait la sujétion politique, mais encore atteignait même l'état civil de la personne : on devenait serf ou libre par la résidence d'un an et un jour dans telle ou telle seigneurie ; ce qui s'exprimait par la formule frappante qu'il y a des seigneuries « où l'air rend esclave », et d'autres où « l'air rend libre » (2).

Et cette signification juridique du fait matériel de la résidence s'explique fort bien. Dans une société qui s'organise, l'autorité ne s'exerce qu'à coup sûr, c'est-à-dire quand la force peut mettre immédiatement à raison les récalcitrants. Aussi ne cherche-t-on à dominer que les domiciliés : quand un sujet quitte le territoire, on n'a aucune prétention à continuer de le régir. Et inversement, l'autorité voisine, n'étant pas beaucoup plus forte, ne cherche pas à entrer chez vous, et vous êtes maître de commander à tous les domiciliés. Et quand une autorité grandit, comme celle du roi, elle pénètre précisément chez les autres en protégeant comme siens ceux qui s'étaient

(1) Luchaire, *Manuel des Institutions françaises*, p. 223.

(2) Brissaud, *Manuel d'Histoire du droit privé*, t. II, p. 840.



« avoués » hommes du roi : bourgeois par avouerie, bourgeois par lettres ou forains, qui se recrutaient en particulier parmi les marchands (1).

D'autre part, une autorité peu puissante n'exerce que le minimum d'attributions : la justice, la défense du territoire, et, par voie de conséquence, l'impôt. Or ces trois attributions, qui sont restées pendant longtemps les signes distinctifs de la puissance politique, sont liées au domicile ; pour la justice, l'idée s'est implantée définitivement que la compétence dépendait du domicile ; pour l'armée, au contraire, nous avons complètement renversé le principe, et nous nous basons uniquement sur la nationalité depuis la Révolution, mais au Moyen Age l'obligation au service militaire était liée à la terre : ce fut rigoureusement vrai seulement sous les Carolingiens (qui changèrent là-dessus le système personnel en vigueur sous les Mérovingiens), mais l'idée subsista tout de même sous les Capétiens (2) : seulement le possesseur de terre put s'exonérer du service moyennant imposition ; comme d'autre part on ne pouvait songer à percevoir un impôt que ceux qu'on pouvait contraindre par la force à le payer, c'est-à-dire sur les domiciliés, que d'ailleurs les services publics auxquels subvenait l'impôt consistant uniquement

(1) Luchaire, *op. cit.*, p. 391.

(2) Luchaire, *op. cit.*, p. 196.

dans le maintien de l'ordre, on n'aurait pas conçu que des non domiciliés y fussent intéressés, l'idée d'impôt s'est liée de façon inséparable à celle de sujétion par le domicile (et les origines domaniales de certains impôts ne sont pas faites pour contredire cette thèse). On voit donc que dans le système féodal, le domicile implique la soumission politique à l'autorité du lieu. Et il ne pouvait en être autrement en un temps où on se déplaçait peu.

Cette conception, née à l'époque féodale, a-t-elle duré jusqu'à la fin de l'ancien régime ? On ne trouve pas de traces d'évolution dans les idées sur la signification politique du domicile, les auteurs statutaires que nous avons cités semblent bien dans la tradition, et si nous arrivons à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, nous trouvons dans Guyot (1) la définition suivante du mot « régnicole » : « Ce mot se dit de celui qui est né sujet du roi et qui est censé avoir son domicile dans le royaume. » Nous retrouvons ainsi les deux éléments essentiels de la conception de la dépendance politique au Moyen Age : le lien personnel et le domicile. C'est un exemple de plus pour se convaincre que le système féodal qui, en fait, avait disparu militairement dès le XI<sup>e</sup> siècle, et politiquement dès la fin du XII<sup>e</sup> siècle, a maintenu son empire dans

(1) *Répertoire*, V<sup>o</sup> *Régnicole*.

les conceptions juridiques jusqu'à la fin de l'ancien régime (de même que la conception juridique d'un Empire romain englobant tous les peuples chrétiens a subsisté bien après la disparition de l'empire romain). La même persistance des idées féodales se retrouve dans la condition de l'aubain qui « doit s'avouer l'homme du seigneur sur les terres duquel il s'établit ; on lui accorde pour cela d'ordinaire un délai d'an et jour passé lequel il peut être saisi » (1).

Là encore le fait de la résidence paraît inséparable de la sujétion politique.

Mais les conditions politiques et économiques avaient trop changé par rapport à ce qu'elles étaient au Moyen Age pour que les conceptions juridiques ne s'en ressentissent pas. Et le fait nouveau est l'apparition, pour déterminer la qualité de régnicole dans les cas douteux, des considérations qui servent aujourd'hui à déterminer la nationalité. Nous avons vu que le régnicole est celui qui est « censé » avoir son domicile dans le royaume : l'idée de domicile est gardée pour la forme, mais on commence à s'en détacher. Le même Guyot (2) définit l'étranger : « celui qui est né de parents étrangers et hors du pays de la domination française, soit qu'il réside continuellement dans le royaume ou qu'il n'y soit que simple

(1) Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 839.

(2) *Répertoire*, V<sup>e</sup> *Etranger*.

voyageur » : l'idée de domicile n'est plus la seule ; M. Brissaud (1) résume cette tendance en disant que le *jus soli* existait seul à l'origine, et qu'au xviii<sup>e</sup> siècle, mais seulement alors, est apparu le *jus sanguinis*.

On n'en a pas changé pour cela le principe que le statut personnel était régi par la loi du domicile. Le domicile continuait à avoir la signification de lien politique qu'a aujourd'hui la nationalité. Mais avec l'augmentation de la circulation apparut l'autre signification du domicile : lieu où se trouve actuellement le principal établissement d'un individu, et par conséquent ses intérêts tangibles et immédiats dans ses rapports avec les tiers. La coexistence des deux idées et leur portée respective se détermine assez bien par la solution donnée à la question que devait nécessairement faire naître l'augmentation de la circulation : en cas de changement de domicile, quel était celui qui déterminait la loi personnelle ?

Il ne semble pas que les auteurs du xvi<sup>e</sup> siècle aient étudié la question. Et c'est une raison de plus de penser qu'elle n'est apparue qu'au xviii<sup>e</sup> siècle. Les auteurs du xviii<sup>e</sup> siècle au contraire s'y sont pré-

(1) *Op. cit*, t. II, p. 844.



cisément tous attachés. La solution simpliste était de ne tenir compte que du domicile nouveau. Mais les auteurs ont vite aperçu les inconvénients du système : difficulté de savoir si une personne a définitivement transféré son domicile, ou si son séjour sera seulement temporaire, insécurité pour les tiers qui ignorent si le domicile actuel est définitif, et possibilité de fraudes (1). D'autre part, l'idée que le statut personnel doit être régi par la loi la mieux adaptée à la personne faisait incliner vers la loi du domicile d'origine, et enfin il répugnait à nos anciens auteurs qu'un individu majeur dans un lieu pût cesser de l'être en quittant ce lieu ; il n'y avait pas là une simple question d'utilité pratique, mais une question logique : on ne peut à la fois « être » et « ne pas être ».

M. Lainé (2) déclare que la question n'a pas été nettement résolue. Par la pratique, c'est possible. Mais en doctrine la solution a été parfaitement claire : c'est la vieille distinction entre l'« état universel » et la capacité de faire un acte déterminé, autrement dit entre les incapacités générales et les incapacités spéciales, qui a retrouvé une vie nouvelle. Elle était très attaquée, en doctrine au moins, les auteurs n'étant plus très sûrs qu'on ne devait pas

(1) V. par exemple Froland, *op. cit.*, t. II, p. 1581.

(2) *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 212.

examiner parmi les statuts non universels si certains ne seraient pas plus personnels que réels. Mais les esprits restaient tellement imprégnés de la distinction qu'elle a été appliquée telle quelle à notre problème. « Mais que pensez-vous, écrit Froland (1), de la translation de domicile ? Ne change-t-elle point la nature et les effets des statuts ? Pour moi, je crois qu'il faut distinguer. Quand il s'agit de l'état universel de la personne, abstraction faite de toute matière réelle, *abstracte ab omni materia reali*, en ce cas le statut qui a commencé à fixer sa condition conserve sa force et son autorité et la suit partout, en quelque endroit qu'elle aille. Mais quand il est question de l'habileté ou de l'inhabileté de la personne qui a changé de domicile à faire une certaine chose, alors le statut qui avait réglé son pouvoir tombe entièrement à son égard, et cède tout son empire à celui dans le territoire duquel elle va demeurer. »

Boullenois ne reproduit pas formellement la distinction, mais il montre bien à quelle nécessité elle répondait. Dans les *Démissions de biens* il avait refusé toute valeur à la loi du domicile d'origine. Pour lui, « loi du domicile » n'avait qu'un sens : loi du domicile réel, c'est-à-dire actuel (2). Mais dans les *Dissertations sur les statuts* il revint sur son opi-

(1) *Op. cit.*, 1<sup>re</sup> part., ch. VII, 13, p. 171.

(2) *Démissions de biens*, qu. 6, p. 135.

nion à propos de la majorité, et convint que la loi du domicile d'origine était préférable en ce cas (1) : c'est la constatation qu'il y a des « incapacités d'état », selon sa propre expression (2), qui doivent être régies par une loi absolument personnelle, c'est-à-dire attachée à la personne de la façon la plus durable possible.

Et Bouhier lui-même approuve formellement sur ce point celui qui était si souvent son adversaire : Froland. Au chapitre 22 intitulé : *De l'empire des statuts à l'égard de ceux qui ont transféré leur domicile en d'autres provinces*, il écrit (3) : « Ces deux sentiments peuvent être fort bien conciliés par une distinction judicieuse qu'a proposée M. Froland. Ou il s'agit de l'état universel de la personne, abstraction faite des biens, ou il est question des autres actes de la société civile. » Quelle surprise de trouver sous la plume du président Bouhier cette vieille formule si combattue par lui ! Après avoir donné quelques exemples, il déclare : « J'aurais pu ajouter beaucoup de choses pour soutenir son sentiment (celui de Maillard, conforme à celui de Froland), si M. Boulleinois ne m'en avait épargné la peine en mettant cette question dans le plus beau jour. »

(1) *Dissertations sur les statuts*, qu. 2, p. 40.

(2) *Ibid.*, *Préliminaires*, p. XIX.

(3) *Op. cit.*, ch. 22, n° 4, p. 418.

Cette doctrine nous montre que les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle avaient bien de la loi personnelle la même notion que nous. De ce qu'ils avaient adopté la loi du domicile, il ne faut pas conclure qu'ils régissaient le statut personnel par la loi du lieu où l'on se trouve, par une espèce de *locus regit actum*, signification qu'on attribue aujourd'hui à la loi du domicile par opposition à la loi nationale.

Nous régissons le statut personnel par la loi nationale parce que nous voyons dans le lien politique qui rattache l'individu à la communauté l'élément de stabilité nécessaire au statut personnel. Mais ce caractère de lien politique était précisément à l'origine de la notion de domicile. Quand le domicile eut perdu cette signification par suite de l'unification politique et de l'augmentation de la circulation, on fut bien obligé, pour maintenir la stabilité du statut personnel, de recourir à la notion de domicile d'origine. Mais il se trouva que le domicile actuel garda un rôle parce que les parties du statut personnel moins étroitement liées à l'état des personnes exigeaient moins une loi essentiellement stable, et s'accommodaient mieux d'une loi correspondant aux intérêts immédiats de l'individu dans ses rapports avec les tiers ; d'où la distinction entre l'état universel, régi par la loi du domicile d'origine, et le reste du statut personnel, régi par la loi du domicile



actuel. Le droit anglais connaît d'ailleurs la même distinction entre le domicile « of origin » et le domicile « of choice ».

On comprend dès lors que, le domicile ayant en principe cette signification de lien politique suffisamment stable pour déterminer la loi personnelle (1), les auteurs du Code civil l'aient remplacé par la nationalité, puisqu'ils remplaçaient les coutumes par une loi unique. Ils auraient peut-être pu discerner que cette signification du domicile n'était plus réelle que dans le cas du domicile d'origine qui présentait seul la stabilité qu'exige la loi personnelle, tandis que le domicile actuel répondait à une idée toute différente. Le Code civil n'a vu dans le domicile que son antique signification : le lien qui rattache politiquement un individu à sa province.

Etant donnée cette signification de la loi du domicile, il était tout naturel, et même nécessaire aux yeux des rédacteurs du Code civil, de substituer à la loi du domicile la loi nationale puisqu'on remplaçait les coutumes par une loi unique : c'est le maintien de la loi du domicile en matière personnelle qui aurait été une révolution dans les idées, puisqu'il aurait signifié que les matières d'état étaient réglées désormais par la loi du lieu où on se trouve et non

(1) C'est l'avis de M. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 215-216.

plus par la loi à laquelle l'individu est lié de la façon la plus stable.

Il est donc permis de dire que la conception du statut personnel était bien dans l'ancien droit ce qu'elle est aujourd'hui ; l'opposition des solutions admises (loi du domicile, loi nationale) n'est qu'apparente, le fondement est bien le même. Les seules différences sont, d'une part, dans les limites théoriques que l'ancien droit avait cru pouvoir apporter à l'extension du statut personnel, limites dont l'une consistait dans la distinction des incapacités générales et des incapacités spéciales, et d'autre part dans le fait que la distinction du domicile d'origine et du domicile actuel trahissait la coexistence au XVIII<sup>e</sup> siècle de deux conceptions de la loi personnelle, que le Code civil a confondues en une seule, qui était d'ailleurs la plus ancienne.

## CHAPITRE III

### LA RÈGLE DU CODE CIVIL.

Les rédacteurs du Code civil ont certainement pensé à la capacité puisque l'alinéa 3 de l'article 3 emploie l'expression « état et capacité », mais on sait la brièveté dont ils ont usé en matière de conflits de lois ; trois phrases d'une ligne et demie chacune leur ont semblé suffisantes pour exposer les principes de la matière. La question qui nous intéresse est de savoir s'ils ont entendu rompre avec la tradition, ou si, au contraire, la jurisprudence du xix<sup>e</sup> siècle a été fondée à interpréter le Code civil dans le sens de la doctrine léguée par l'ancien droit.

On a émis des opinions variées sur la question de savoir si les auteurs du Code civil ont voulu ou non consacrer la théorie des statuts.

Les uns, comme MM. Audinet (1), Arminjon (2), et encore plus catégoriquement M. de Vareilles-

(1) *Principes élémentaires de droit international privé*, p. 215.

(2) *Précis*, p. 41.

Sommières (1), pensent que les auteurs du Code civil ont tout simplement adopté la seule théorie qu'ils connaissaient.

Mais les autres, comme Despagnet et de Boeck (2), et plus près de nous MM. Weiss (3), Surville et Arthuys (4) (avec quelques réserves), et Pillet et Niboyet (5), jugent que le Code civil reproduit sans doute des règles qui se trouvaient dans la théorie des statuts, mais qu'on ne peut en déduire qu'ils ont adopté la théorie dans son ensemble.

Ni l'une, ni l'autre de ces deux positions ne sont entièrement satisfaisantes. Si le Code civil a adopté la théorie des statuts, pourquoi ne l'a-t-il pas dit ? Ou, s'il jugeait qu'une telle déclaration ne convenait pas à un code, œuvre de législation, non de doctrine, pourquoi n'a-t-il pas repris les quelques propositions fondamentales et caractéristiques de cette doctrine ? (division des statuts en deux classes, prépondérance du statut réel).

D'autre part, s'il ne l'a pas adoptée, quelle doctrine a-t-il eue en vue ? Il n'en est pas question dans les travaux préparatoires. S'il a voulu faire du nou-

(1) *La synthèse du droit international privé*, 1<sup>re</sup> part., p. 186 et suiv.

(2) *Précis*, 5<sup>e</sup> éd., p. 306.

(3) *Manuel*, p. 405.

(4) *Cours élémentaire*, p. 44.

(5) *Manuel*, p. 446.

veau, comment s'est-il borné à trois règles qui ne forment pas un ensemble complet ? Véritablement cet article 3 paraît bien énigmatique. Il ne suffit pas, pour expliquer cette énigme, de répondre que l'article 3 a été peu discuté, cette matière difficile prêtant moins aux effets d'éloquence que les questions plus générales traitées dans les autres articles du titre préliminaire. Il ne suffit pas non plus de dire qu'à un moment où nos armées envahissaient l'Europe, on ne songeait guère aux relations entre particuliers dans la société internationale. Ces suggestions sont faibles : s'il est exact que l'article 3 n'a en effet donné lieu à presque aucune discussion au Tribunal, ce fait ne prouve rien quant au soin avec lequel il a été rédigé. Quant aux guerres de l'Empire, les rédacteurs du Code civil, qui avaient la prétention ambitieuse (...mais combien respectable, puisqu'elle s'est réalisée !) de faire œuvre séculaire, ces rédacteurs savaient bien que la guerre ne durerait pas éternellement. Non, quand un code a été rédigé aussi remarquablement que le Code civil, il n'y a pas d'oubli ou de négligence sur un sujet aussi gros que celui qui nous occupe. On a dit que la commission n'avait pas « osé » s'aventurer dans le règlement d'une question aussi épineuse que les conflits des lois et en avait laissé le soin à la jurisprudence : c'est méconnaître complètement, il me semble, l'état



d'esprit qui régnait en 1804 : on avait de la loi un respect quasi religieux, en dehors de la loi pas de droit, la loi devait régler tout ; on poussait même l'idée si loin que l'article ordonnant au juge de statuer malgré l'obscurité ou l'insuffisance de la loi a soulevé les plus vives protestations : qu'est-ce que ce juge, a-t-on dit, qui trouvera le droit ailleurs que dans la loi ? Où le trouvera-t-il ? Dans sa conscience ou dans la tradition, c'est-à-dire dans l'arbitraire ou dans la routine. Comment admettre, avec cet état d'esprit, un refus délibéré de régler une aussi grosse question (1) ?

C'est en connaissance de cause que les auteurs du Code civil ont donné à l'article 3 sa singulière rédaction. Ceci ne veut pas dire qu'ils ont eu raison, mais qu'ils ont eu une raison. Cette raison apparaît assez clairement si on rapproche ses deux propositions : 1° les auteurs du Code civil se sont placés à un point de vue unilatéral : limites d'application de la loi française, et non au point de vue général de la solution des conflits de lois ; 2° à ce point de vue unilatéral, ils ont adopté la théorie des statuts. On explique ainsi à la fois qu'ils n'aient pas eu à exposer une doctrine nouvelle dont il n'y a aucune trace, et on explique également qu'ils n'aient pas repris la théorie des statuts

(1) Fenet, t. VI, p. 22.

dans son ensemble, parce que, au point de vue unilatéral où ils se plaçaient, ils n'en avaient pas besoin.

Reprenons ces deux propositions. Les auteurs du Code civil ont eu simplement en vue les limites d'application de la loi française, et non la solution générale des conflits de lois. La lecture des travaux préparatoires est concluante à cet égard. L'article 3 vient immédiatement à la suite du principe de la non-rétroactivité des lois (art. 2) : après le champ d'application dans le temps, le champ d'application dans l'espace. Quand le Conseil d'Etat a renvoyé les articles 3 et 4 du projet du 4 thermidor an IX au titre « des personnes qui jouissent des droits civils » (1), il a jugé tout de même indispensable de laisser le principe de la territorialité de la loi auprès de celui de sa non-rétroactivité ; et finalement l'ensemble des dispositions sur la matière est revenu à sa place primitive.

Les trois alinéas de l'article 3 ne parlent que de la loi française : ils en indiquent les divers domaines. Le texte adopté par le Tribunat le 8 juillet 1802 portait à l'alinéa 2 : « Les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi (2). » Plus tard, on ajoutera l'adjectif « française », mais on

(1) Lainé, *Revue de droit international privé*, 1905, p. 39 ; Locré, II, p. 34.

(2) Fenet, t. VI, p. 341.

n'avait même pas pris la peine de le mettre au début tellement il y avait peu de doutes : la seule loi dont on s'occupait était la loi française.

On s'explique cet état d'esprit. Une loi unique et complète paraissait en 1802 un tel bienfait qu'on lui attribuait tous les mérites : partout où la loi règnerait ce serait la justice, l'ordre et la sécurité. Aussi avait-on commencé par poser le principe de la territorialité absolue de la loi (projet de l'an VIII) (1) ; puisqu'on rédigeait le Code civil pour jouir de l'avantage de l'unité de législation, il était clair que toutes les personnes devaient lui être soumises. En dehors de la loi, pas de droit. Et comme la loi allait tout prévoir, tout serait réglé quand la loi serait applicable. Quand elle ne le serait pas, c'est que l'on se désintéresserait du terrain exclu : mais on ne disait pas expressément qu'on le réglerait par la loi étrangère. La formule de Tronchet à cet égard est significative par sa tournure unilatérale et négative : « L'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes (2). » On avait si peu l'intention de faire bénéficier l'étranger de sa loi personnelle, que cette modification au projet primitif fut présentée par certains comme une rigueur à

(1) Fenet, t. II, p. 6.

(2) Lainé, *loc. cit.*, p. 41.

l'égard de l'étranger qu'on privait du bienfait de la législation française parce que la question ne nous intéressait pas (1). Et en effet, il ne faut pas oublier qu'à cette époque nos tribunaux tenaient fermement au principe de leur incompétence entre étrangers, surtout en matière d'état. Quand le Tribunal de cassation demanda qu'on exceptât de la soumission à la loi française les étrangers quant à leur statut personnel, il formula son vœu sous la forme de la suppression des droits civils à l'étranger sur ce point. On s'est étonné (2) de cette formule bizarre : elle n'est étonnante que si l'on veut prêter aux gens de 1804 les conceptions de 1928.

Le Code ne cherchait donc pas à établir une judiciaire répartition entre la loi française et la loi étrangère : il indiquait seulement ce qui intéressait la loi française, avec d'autant plus d'aisance que nos tribunaux se déclareraient incompétents dans les matières qu'il excluait. Le Code civil avait été fait pour unifier la législation, il était tout naturel de considérer cette unité comme parfaite et se suffisant à elle-même.

Et cette opinion est exprimée par M. Lainé en une courte phrase dont la concision résume toutes ces

(1) Fenet, *Critiques du projet au Tribunat*, t. VI, p. 68 et suiv.

(2) Lainé, *Revue de droit international privé*, 1905, p. 529.

remarques. Il écrit en parlant des intentions des rédacteurs du Code civil : « Le but à atteindre d'ailleurs n'est pas de faire passer dans la législation positive une théorie générale applicable à un pays quelconque à la solution des conflits de lois, mais simplement de déterminer à l'égard des autres lois l'empire de la loi française » (1).

\*  
\* \*

Mais déterminer l'empire de la loi française est un problème qui, s'il n'est pas équivalent à celui de la solution générale des conflits de lois, a du moins des rapports fort étroits avec lui. Il en est en somme une partie et les principes qui servent à résoudre la partie servent aussi à résoudre le tout, mais pour résoudre le problème complet, au moyen des principes donnés pour résoudre le problème partiel, il faut dégager tout ce qui est contenu implicitement dans les principes adoptés, en prenant au besoin parti sur des points accessoires et en envisageant les principes sous un angle nouveau. La preuve en est que la jurisprudence a dégagé tout naturellement des règles posées par le Code civil les principes de solution des conflits de lois, avec quelques hésitations interve-

(1) *Loc. cit.*, p. 51.



nues justement dans le dégagement du contenu implicite et la solution de certains points particuliers.

Or, le problème de l'empire de la loi française étant très proche de celui des conflits de lois, il était tout naturel qu'on s'adressât pour le résoudre aux règles posées pour la solution des conflits de coutumes. Il n'est plus guère soutenu que les « questions mixtes » ne s'entendaient qu'entre coutumes françaises : il suffit d'avoir tant soit peu parcouru nos vieux auteurs pour voir qu'ils prennent leurs exemples aussi bien dans les conflits internationaux que dans les conflits interprovinciaux (1). Mais évidemment ces derniers sont plus fréquents : il n'en reste pas moins que la théorie des statuts était parfaitement utilisée, donc utilisable, en droit international.

Aussi n'est-ce pas l'objection principale qu'on adresse à l'idée que les auteurs du Code civil ont adopté la théorie des statuts. On soutient que s'ils en ont reproduit certaines règles, ils ne les ont pas toutes reproduites, et on ajoute que, la théorie des statuts ayant reçu des interprétations assez différentes les unes des autres suivant les auteurs, ils auraient dû au moins indiquer à quelle conception ils se rattachaient. Nous avons déjà montré dans quel embarras on se plonge si on suppose admis que

(1) V. par ex. : Boullenois, *Traité de la personnalité*, p. 3, et dès le xvi<sup>e</sup> siècle : Dumoulin, *Opera*, t. III, p. 554.

les rédacteurs du Code civil ont renoncé à l'héritage de leurs prédécesseurs. Comment n'ont-ils pas établi les bases d'une matière où ils innovaient ? où trouver des indications sur cette doctrine nouvelle ? Quelle singularité qu'un point du Code civil où la tradition a été rejetée sans qu'on y soit obligé par un principe inattaquable de la Révolution !

Examinons tout de même les objections proposées. On dit que, si des règles importantes de la théorie des statuts se retrouvent dans le Code civil, il en manque d'autres, et en particulier deux essentielles : la *summa divisio* des statuts en réels et personnels, et la prépondérance du statut réel. La réponse à cette objection découle de ce qui précède : les auteurs du Code civil n'ont pas énoncé ces principes généraux parce qu'ils voulaient, non poser le système général de solution des conflits de lois, mais tirer de ce système les règles nécessaires à la délimitation de l'empire de la loi française.

Or Portalis l'a dit en une phrase célèbre de son discours au Corps législatif le 3 frimaire an X : « Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science ; tout ce qui est commandement, disposition écrite, est du ressort des lois (1). » Le Code civil n'avait donc pas à formuler deux principes qui

(1) Fenet, t. VI, p. 43.

restaient à l'état de considération scientifique, puisqu'il se bornait à en déduire les règles applicables à la loi française seule. Et nous avons remarqué en effet que chacun des alinéas de l'article 3 ne s'occupe *in terminis* que de la loi française.

Mais les auteurs du Code civil ont-ils, en fait, visé ces deux principes, ou notre raisonnement n'est-il qu'une hypothèse plausible ? Le fait qu'ils les ont visés ressort des textes très naturellement : « S'agit-il des lois ordinaires ? » dit Portalis dans son *Exposé des motifs* au Corps législatif, après avoir parlé de l'alinéa 1<sup>er</sup> touchant les lois de police (1). « On a toujours distingué celles qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes, d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées personnelles et les secondes réelles. Les lois personnelles suivent les personnes partout, ainsi la loi française, avec des yeux de mère, suit le Français jusque dans les régions les plus éloignées, elle le suit jusqu'aux extrémités du globe. » Si on se rappelle que les coutumes ne traitaient pas certaines matières, comme la police et les obligations, réservées l'une au roi, l'autre au droit romain, on ne peut s'empêcher de trouver la similitude parfaite quant à la question de la *summa divisio*. Et la dernière phrase

(1) Fenet, t. VI, p. 356.

montre bien dans quel esprit on envisageait les principes : comme une source de règles à appliquer à la loi française.

La prépondérance du statut réel non seulement n'a rien perdu de sa vigueur, mais encore l'a accrue en prenant une forme nouvelle. Le projet rédigé en frimaire an VIII comportait un article 4 ainsi conçu : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire, l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence (1). » Il est difficile de concevoir une territorialité plus exclusive. Le début de la phrase montre bien le germe de cet exclusivisme : l'unité de législation est un bienfait tel, qu'elle mérite d'être jalousement sauvegardée. Mais, comme nous l'avons vu, les observations du tribunal de Grenoble et du Tribunal de cassation firent excepter de la soumission à la loi française le statut personnel de l'étranger : cette manière de procéder indique à elle seule combien le principe de la territorialité de la loi était fortement ancré dans les esprits. Il l'était d'autant plus qu'il recevait une vigueur nouvelle des idées révolutionnaires sur la « République une et indivisible » : « La souveraineté est indivisible, proclame Portalis dans son *Exposé des motifs* (2), elle cesserait de

(1) Fenet, t. VI, p. 33.

(2) Fenet, t. VI, p. 358.

l'être si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain. » M. Lainé (1) trouve cette justification de l'article 3 « vague ». Elle me semble, au contraire, doublement significative : d'abord du renforcement que l'unification révolutionnaire apportait à l'idée de territorialité, ensuite de la persistance du sentiment que le territoire est un objet de souveraineté, au même titre que les personnes : l'Etat ne peut pas plus se désintéresser d'une parcelle de son territoire que du sort d'un seul individu de la collectivité.

Véritablement le principe territorial de d'Argentré est toujours en vigueur : au lieu de s'appuyer sur le particularisme provincial, il s'appuie sur le patriotisme national, parce que le ressort de la loi s'est étendu de la province à la France : et c'est le seul changement.

Il y en a tout de même un autre, qui, lui, n'a pas été voulu, et a une portée : le droit de la famille passe du statut réel au statut personnel ; nous nous sommes expliqué sur ce point plus haut (2).

Le vieux principe statutaire tient donc debout. Pourquoi et où en aurait-on été chercher un autre ? On n'en connaissait pas et il paraissait l'expression

(1) *Revue de droit international privé*, 1903, p. 451.

(2) Ci-dessus, p. 17 et suiv.



du bon sens même : « Voilà autant de principes, dit le tribun Grenier (1), enseignés par tous les publicistes, généralement admis chez les nations civilisées, et sans lesquels il serait impossible d'organiser un ordre social. »

Une seconde objection a été faite à l'idée que les auteurs du Code civil avaient entendu adopter la théorie des statuts, c'est que cette théorie ayant eu des aspects très différents suivant les auteurs, il eût été indispensable d'indiquer quelle interprétation on choisissait. L'objection paraît assez *à priori* et ne tient guère si on la serre de près. Où apparaissent les divergences, nombreuses c'est exact, entre les statutaires ? Dans les questions de détail, d'application des principes, de qualification des rapports envisagés. Mais sur les principes eux-mêmes, il n'y a pas de divergence. Bouhier fait bande à part, c'est entendu : seulement il reconnaît lui-même son isolement ; personne ne l'a considéré comme un représentant authentique de la théorie des statuts.

En réalité, ces objections viennent d'une préoccupation facile à déceler : montrer que le Code civil n'est pas un obstacle à l'adoption de la personnalité comme base du droit international privé. Les auteurs qui ont ce souci auraient pu se dispenser de cet effort.

(1) Fenet, *Rapport au Tribunat*, t. VI, p. 374.

La lettre de l'article 3 peut en effet justifier plusieurs systèmes : un système n'étant jamais que l'établissement d'un lien entre des solutions nouvelles et des solutions admises, plusieurs systèmes sur une même question auront toujours des solutions communes : ici elles se trouvent au Code civil ; donc, que la lettre du Code civil justifie plusieurs systèmes, il n'y a rien d'étonnant à cela ; mais si on cherche la volonté qu'exprime cette lettre (1), la question semble peu douteuse : la volonté des auteurs du Code civil a été d'appliquer la seule théorie qu'ils connaissaient.

Du reste, comment ne pas se rendre aux termes formels du tribun Faure (2) : « Il (l'art. 3) contient les principes d'une matière *connue dans le droit* sous le titre de statuts personnels et de statuts réels. Il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les personnes et quels sont les biens *que régit la loi française*. »

En somme, sur la matière des conflits de loi comme sur bien d'autres, le Code civil a tout simplement recueilli la tradition. Qu'a-t-il changé ? La loi personnelle qui est devenue la loi nationale au lieu de la loi du domicile. Nous avons vu que ce prétendu changement est en réalité la consécration de la tra-

(1) *Les lois sont des volontés*, disait Portalis (Fenet, t. VI, p. 43).

(2) Fenet, t. VI, p. 385.

dition, et que sa seule innovation consiste à n'avoir pas tenu compte de l'apparition au XVIII<sup>e</sup> siècle de la notion de domicile actuel coexistant avec celle de lien politique pour déterminer en certains cas la loi personnelle. Un changement plus considérable, nous l'avons noté, s'est opéré en dehors de la volonté des auteurs du Code civil par la qualification personnelle donnée au droit de la famille. Mais, si on y réfléchit, le changement paraîtra moins grand qu'il n'en a l'air. Le droit féodal de la famille disparaît, ce n'est donc pas une acquisition pour le statut personnel. Les régimes matrimoniaux sont soumis depuis Dumoulin à la loi présomptivement choisie par les parties, ils le restent. Quant aux successions, elles continuent à faire partie du statut réel en ce qui concerne les immeubles. En ce qui concerne les meubles, l'interprétation de l'adage *mobilia sequuntur personam* comme la fiction que les meubles sont situés au domicile du défunt est l'application parfaitement correcte de l'idée que les successions appartiennent au statut réel. (L'autre interprétation eût consisté à dire : les meubles sont régis par la loi de la personne, donc par la loi nationale). Le curieux est qu'une équivoque a été rendue possible par notre notion du domicile de l'étranger : l'étranger mort en France étant le plus souvent à nos yeux domicilié de droit dans son pays, la succession mobilière est générale-

ment régie par la loi étrangère, ce qui lui a donné une allure de statut personnel. Que reste-t-il alors du passage du droit familial dans le statut personnel ? Une tendance plus accentuée que dans l'ancien droit à qualifier personnelles les matières douteuses, dans lesquelles est mêlé le droit de la famille (donations entre époux, substitutions, partages d'ascendant par exemple). Mais, cette tendance mise à part, il est tout naturel que notre jurisprudence ait purement et simplement suivi les traditions de l'ancien droit.

\*  
\* \*

Les rédacteurs d'une loi ne peuvent tout prévoir : dès 1814 nos tribunaux eurent à connaître d'une question de statut personnel intéressant un étranger. Ils ne pouvaient se déclarer incompétents, étant données les circonstances de l'affaire : il s'agissait d'une Française invoquant la nullité du mariage qu'elle avait contracté avec un Espagnol, parce qu'elle avait découvert que son prétendu mari était un religieux lié au célibat par des vœux reconnus par la loi espagnole. Comment se désintéresser d'un cas où la nationalité de la demanderesse apparaîtrait d'après l'issue du procès ? On annula le mariage (1) par applica-

(1) Paris, 13 juin 1814, S. 1815.2.67.

tion de la loi espagnole. Et les cas se multiplièrent avec le démantèlement progressif du principe de l'incompétence dans les litiges entre étrangers.

L'application aux étrangers de leur loi nationale en matière de statut personnel a été faite sans hésitation par la jurisprudence. Que disait l'article 3, alinéa 3 ? « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » Et c'est tout. Nous avons expliqué le caractère unilatéral de cette solution, il reste à voir comment se justifie la règle adoptée unanimement : « L'état et la capacité des étrangers en France sont régis par leur loi nationale. »

On en a donné des explications variées qui peuvent se ramener à deux types : l'argument de réciprocité et l'argument *a contrario*. Le premier consiste à dire : « Puisque nous désirons que la loi française suive le Français à l'étranger, il est équitable que par une juste réciprocité nous admettions que la loi étrangère suive l'étranger en France. » Des arrêts ont même essayé de fortifier ce souci de réciprocité par l'article 11 du Code civil qui établirait le principe de la réciprocité comme devant présider à notre attitude vis-à-vis des étrangers (1)..., ces raisonnements inspirent peu de confiance. En soi la

(1) V. par exemple : Civ., 28 février 1860, D. P. 1860.1.57, S. 1860.1.210.



réciprocité peut être une bonne arme de combat, mais ce n'est pas un principe fécond de recherche de la justice : « Je vous traiterai comme vous me traiterez »... Si l'adversaire en dit autant, nous ne serons pas plus avancés. Et puis la raison de fond est que les litiges de droit international privé ne se déroulent pas entre souverainetés qui se feraient des concessions mutuelles (ceci est le droit international public, ou le droit international privé conventionnel qui est l'exception), mais entre des particuliers qu'un juge doit départager : c'est à lui de chercher, sans discuter avec personne, sans aucun *do ut des*, quelle loi il convient d'appliquer pour départager les deux plaideurs en respectant du mieux qu'il pourra la justice, les textes légaux et l'utilité pratique.

L'argument *a contrario* s'est présenté sous des formes diverses. Mais il est permis de concevoir des doutes sur leur légitimité. Dire que la proposition : « Le Français à l'étranger est régi par la loi française quant à son statut personnel » a pour inverse la proposition : « L'étranger en France est régi par la loi étrangère quant à son statut personnel » paraît assez audacieux. Il faudrait d'abord établir que les sujets et prédicats de ces propositions sont dans un rapport de contrariété rigoureux, et ensuite ne pas oublier la règle classique de logique d'après laquelle la proposition directe étant vraie, l'inverse ne l'est *ipso facto*

que si la réciproque l'est. Or la réciproque de l'alinéa 3 n'a aucun sens. Et c'est cette même règle logique qui rend sceptique sur la justification de la règle applicable aux étrangers par une réciproque de l'article 3, alinéa 3.

Il y a une autre forme de l'argument *a contrario* qui ne paraît guère plus solide. C'est celle qui consiste à dire (1) : d'après les alinéas 1 et 2 de l'article 3, l'étranger est soumis à la loi française en ce qui concerne les lois de police et de sûreté et les immeubles ; *a contrario*, il n'est pas soumis à la loi française en ce qui concerne sa personne : donc il est soumis sur ce point à la loi étrangère. Mais si on tient à la logique, on le soumettra alors aussi à la loi étrangère quant à ses meubles, solution repoussée par tout le monde. Ici encore on paraît s'être peu préoccupé de savoir si les conditions d'emploi du raisonnement *a contrario* étaient réalisées.

Il ne semble donc pas possible de justifier l'application de leur loi nationale aux étrangers par une déduction de logique formelle à partir de l'article 3 du Code civil. Mais il y a un excellent argument de fond : l'alinéa 3 de l'article 3 n'est que l'application d'un principe plus large, à savoir que le statut personnel est régi par la loi nationale. Ce principe

(1) V. par exemple : Seine, 10 février 1893, *Cl.* 1893. 530.

admis, la conséquence en ce qui concerne les étrangers s'en déduit sans qu'il soit même nécessaire de parler d'analogie. Sans doute, le principe étant plus large que la rédaction de l'article 3, on peut soutenir qu'il ne se trouve pas dans la loi. Mais nous avons montré que les auteurs du Code civil l'ont évidemment eu en vue. Et ceux qui n'en seraient pas convaincus n'ont qu'à se reporter aux travaux préparatoires et voir comment, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut (1), le statut personnel de l'étranger, primitivement soumis à la loi française, lui a été ensuite enlevé, donc soumis à la loi étrangère : c'est le meilleur argument *a contrario*.

L'intérêt pratique de la controverse est du reste faible, puisqu'elle porte sur le choix d'une justification pour un résultat qui est admis par tout le monde, et ce choix n'a pas de conséquences. C'est ce qui explique que cette controverse subsiste, car si elle avait des répercussions pratiques, la Cour de cassation eût été amenée à la faire cesser étant donnée l'importance du point.

On peut tout de même signaler un contre-coup de cette incertitude. Dans les motifs des arrêts qui ont cherché à restreindre la compétence de la loi nationale étrangère, arrêts que nous retrouverons, on

(1) Ci-dessus, p. 75.

rencontre parfois la remarque que la règle de l'application aux étrangers de leur loi nationale en matière de statut personnel n'est pas écrite dans le Code civil et qu'elle ne s'impose donc pas de façon absolue (1). Mais cet argument n'a jamais paru suffisant pour écarter la loi étrangère, et cela seul prouve avec quelle fermeté le principe était établi.

Maintenant que nous avons vu sur quelles bases il était établi, nous pouvons aborder l'étude de son application à la capacité.

(1) V. par. ex. : Civ., 17 juillet 1833, S. 1833.1.663, D. P. 1833.1.303 ; Alger, 9 juin 1900, D. P. 1901.2.42.





## DEUXIÈME PARTIE

### LA QUESTION DE QUALIFICATION DOMAINE DE LA NOTION DE CAPACITÉ

La loi applicable aux étrangers en matière de capacité est leur loi nationale. Ce principe n'a jamais été contesté, et nous avons vu qu'il repose en effet sur des bases solides. Mais on est assez embarrassé, quand on étudie la jurisprudence, devant l'usage qu'elle fait de ce principe : tantôt elle l'applique, déclarant qu'il s'agit d'une question de capacité ; tantôt elle l'écarte, affirmant qu'il ne s'agit pas d'une question de capacité, en des matières qui semblent bien analogues. Pourquoi décider, par exemple, que le point de savoir si une Américaine peut faire à un Français un legs fidéicommissaire, nul d'après la loi française, est une question de capacité à régler suivant la loi nationale de la testatrice (1), tandis que la possibilité par un Allemand de léguer à son médecin, Allemand, un immeuble sis en France n'est plus

(1) Paris, 7 août 1883, *Cl.* 1884.192.

une question de capacité, mais une question de régime des biens à régler par la loi française (1) ?

Il est clair que cette incertitude de la notion de capacité a pu favoriser la tendance de la jurisprudence à faire prévaloir le plus souvent possible la loi française. Mais cette tendance est-elle absolument arbitraire, dépendant uniquement des espèces et des intérêts en présence, ou au contraire, nos tribunaux ont-ils su se former, explicitement ou implicitement, une certaine conception de la capacité et s'y tenir ? Telle est la question que nous avons à résoudre dans cette première partie. Une vue générale, dans un premier chapitre, de la solution qui se dégage de la jurisprudence nous permettra de déterminer les questions à examiner dans les chapitres suivants.

(1) Nice, 28 décembre 1903, *Cl.* 1904.713.

## CHAPITRE PREMIER

### VUE GÉNÉRALE DU SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE.

Nous écartons immédiatement de nos recherches deux sortes d'incapacités qui n'entrent pas à proprement parler dans le cadre du droit civil : les incapacités civiles d'origine pénale et les incapacités civiles d'origine politique. La jurisprudence, sur le premier point, a toujours admis que les conséquences civiles des condamnations pénales étaient strictement territoriales. Elle a ainsi décidé qu'un Allemand, frappé d'une incapacité à contracter mariage par un jugement d'un tribunal répressif allemand, peut néanmoins se marier en France (1) ; qu'un Français, condamné par une Cour d'assises belge à une peine afflictive et infamante, n'est pas interdit légalement en France (2), mais qu'inversement un Italien condamné à cinq ans de travaux forcés par une Cour d'assises française est interdit légalement, bien que la loi italienne ne prononce l'interdiction qu'en cas de condamnation à plus de cinq ans d'*ergastoli*, ou

(1) Caen, 16 mai 1846, D. P. 1847.2.33.

(2) Douai, 2 décembre 1911, Cl. 1912.215.

de réclusion (1), solution qui peut paraître évidente, mais qui avait été écartée par le Tribunal de Gap pour la raison que la capacité civile est régie par la loi nationale. Ajoutons toutefois qu'on a organisé suivant la loi étrangère la tutelle d'un Italien interdit en conséquence d'une condamnation prononcée par un tribunal français (2).

Cette territorialité de tout ce qui touche à une idée pénale s'étend même aux peines civiles : il a été jugé (3) qu'un héritier privé de ses droits successoraux à l'étranger pour action en justice téméraire peut néanmoins exercer ces droits en France.

Il y a aussi des incapacités civiles d'origine politique ; quelques exemples s'en sont présentés devant les tribunaux à propos d'individus frappés par le souverain de leur pays d'une mesure individuelle restreignant leur capacité civile ; c'étaient, dans les trois cas relevés, des membres de la famille souveraine. On a décidé que ces mesures, de caractère individuel et politique, n'avaient pas d'effet en France (4).

(1) Grenoble, 14 juin 1892, *Cl.* 1892.1143, inf. Gap, 16 février 1892, *Cl.* 1892.981.

(2) Tunis, 9 janvier 1907, *Cl.* 1908.1143. Sur l'ensemble de la question, v. Hugueney, *Revue de droit international privé*, 1909, p. 800.

(3) Aix, 9 juillet 1903, *D. P.* 1905.2.73.

(4) Paris, 16 janvier 1836, *S.* 1836.2.70 ; Paris, 26 novembre 1850, *S.* 1850.2.666 ; Seine, 7 mai 1873, *Cl.* 1875.20.

Ces solutions pourraient faire l'objet d'une discussion, mais nous nous en abstenons, parce que l'idée qui les a dictées est parfaitement définie : il y a là un élément pénal, un élément politique, qui nous fait sortir du droit civil proprement dit, une territorialité complète est donc suffisamment justifiée.

Revenons à la capacité purement civile. Que la capacité comprenne le régime des incapables tels que le mineur, le fou, le prodigue, la femme mariée, cela n'a jamais fait de doute pour personne. Si nous passons aux incapacités dites spéciales, nous sommes beaucoup plus embarrassé. Dans l'exemple cité en tête de ce chapitre, nous voyons deux décisions juger respectivement : 1° que la loi française, en interdisant les legs fidéicommissaires, établit une incapacité à l'encontre des testateurs français ; 2° que la prohibition de léguer à son médecin est étrangère à l'idée de capacité : il n'y a là qu'une prohibition réelle. A première vue, on a l'impression de se trouver devant des distinctions purement verbales, et sans aucun fondement solide : nous verrons pourtant qu'il n'en est pas ainsi et que ces décisions peuvent se justifier.

Le problème paraît se poser dans les termes suivants : d'une part, des incapacités générales auxquelles personne ne conteste la qualification de capa-



cité. D'autre part, des incapacités spéciales dont on ignore ce qu'elles englobent. Il suffirait donc de dresser une liste des incapacités spéciales qualifiées telles, et de voir s'il est possible de les définir par une formule générale.

Une étude attentive de la jurisprudence montre que le problème posé en ces termes est à la fois insoluble et sans intérêt. Il est insoluble : l'état actuel de la jurisprudence ne permet pas, comme nous le montrerons, d'assigner une limite précise aux incapacités spéciales du côté des prohibitions réelles. Il est sans intérêt : le véritable problème est celui de la limite entre les incapacités générales et les incapacités spéciales, c'est lui qui donne la clef de la jurisprudence.

Mais cette clef ne se saisit pas en une distinction brutale. Nous avons vu l'ancien droit mettre les incapacités générales dans le statut personnel, et les incapacités spéciales dans le statut réel. Notre jurisprudence n'a pas repris cette distinction. On la trouve bien, quoique les termes n'en soient pas absolument nets, à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 27 mai 1892 (1), dans l'affaire Zamaretti, que nous retrouverons à plusieurs reprises. Le ministère public disait dans ses conclusions : « Ce qui

(1) *Cl.* 1892.940, *D. P.* 1892.2.553, *S.* 1896.2.73.

domine en un mot dans l'article 1054 (du Code civil italien, prohibant les donations entre époux), ce n'est pas l'organisation, le règlement de la capacité *générale* des époux, c'est la restriction de leur capacité personnelle au regard des biens, et en considération, en faveur de la conservation de ces biens. Ce qui veut dire que la disposition est de statut réel et non de statut personnel. » L'idée paraît bien être que, du moment qu'il ne s'agit pas de capacité générale, nous sommes dans le statut réel. Mais cette opinion est restée isolée, et n'a qu'une valeur de curiosité historique.

Les jugements et arrêts ne font pas la distinction entre capacité générale et capacité spéciale. C'est ce qui a permis de croire que la jurisprudence moderne a abandonné cette vieille distinction. Les juges ne connaissent qu'une règle : la capacité est soumise à la loi nationale. Mais toute la question est de savoir quand ils déclarent qu'il y a capacité. « Que font les tribunaux ? » est la première question à résoudre ; ensuite il sera possible d'examiner en quels termes ils justifient leurs solutions. Or, si on ne trouve pas dans les motifs des jugements et arrêts la distinction entre capacité générale et capacité spéciale, si, en fait, la solution n'est pas non plus la règle simple de l'ancien droit (toutes les incapacités spéciales dans le statut réel), l'étude de la jurisprudence amène

tout de même à conclure que la distinction entre les incapacités générales et spéciales reste à la base de son système.

Et ce système paraît être le suivant : toutes les fois qu'il s'agit d'une incapacité générale, la règle que la capacité est régie par la loi nationale s'applique automatiquement. Entendons-nous du reste sur la portée de cette formule : elle signifie que la question sera toujours qualifiée « question de capacité » et déclarée soumise à la loi nationale ; mais cela ne veut pas dire qu'on ne s'efforcera pas, en des cas nombreux et divers, d'échapper aux conséquences de la règle. L'étude de ces échappatoires fait l'objet de la troisième partie de ce travail, il nous suffit de noter ici que la règle générale a été déclarée applicable.

Quand il s'agit d'une capacité spéciale, le système est plus délicat. La loi nationale n'est pas nécessairement exclue. Il y a bien un jugement qui a posé le principe de son exclusion, c'est le jugement rendu dans cette même affaire Zamaretti : « que celles (les lois) qui prohibent *certaines* modes de disposition, en restreignant la faculté de disposer soit d'une manière absolue, soit à l'égard de certaines personnes seulement, dépendent de ce statut (réel) » (1). Mais cette opinion, soutenue devant la Cour d'appel, comme

(1) Seine, 3 mars 1891, *Cl.* 1891.508.

nous l'avons vu, par l'avocat général, sous une forme un peu différente, n'a pas triomphé. Une série de décisions importantes que nous reprendrons en détail permet d'aboutir à la conclusion suivante : *la capacité spéciale est soumise à la loi nationale seulement quand il n'y a pas, pour le rapport juridique envisagé, de qualification permettant de le soumettre à la loi française.*

Quelles sont ces qualifications ? Elles se déduisent très logiquement de l'analyse classique du rapport juridique. Tout rapport juridique se décompose en un droit, qui a un sujet et un objet, et en un acte ou un fait qui donne naissance à ce droit, l'acte juridique pouvant être lui-même considéré soit au point de vue de la forme, soit au point de vue du fond. Or, en droit international privé, il correspond précisément à chacun de ces éléments une certaine loi, et on ne peut envisager d'autre loi que celles qui répondent à ces éléments : si, dans le rapport ainsi analysé, on considère le sujet du droit, il est régi par la loi nationale de ce sujet ; si on en considère l'objet, il est régi par la *lex rei sitæ* ; si on considère la forme de l'acte, c'est la *lex loci actus* ; et si on en considère le fond, c'est, d'après la jurisprudence française, et depuis Dumoulin, la loi présomptivement choisie par les parties. Quant au fait juridique, il est régi par la loi du lieu où il s'est passé, ce qui peut se ramener, au

point de vue qui nous intéresse, à la *lex loci actus* ; nous n'avons du reste pas à nous en occuper pour notre sujet.

L'originalité du système qui se dégage de la jurisprudence consiste en un sentiment très net de la complexité du rapport juridique : parce que vous déclarez qu'il y a dans telle difficulté une question de capacité, il n'y a aucune raison d'en conclure que la question de capacité existe seule ; ce serait croire que le rapport juridique se réduit à un sujet, ce qui est faux ; il a également un objet, sur lequel porte le droit du sujet, et un acte qui donne naissance à ce droit. Vous pouvez donc parfaitement considérer que l'objet du droit, par exemple, est plus intéressant que son sujet, et alors vous ferez prévaloir la *lex rei sitæ* ; mais il ne faudra pas dire qu'il n'y a pas là une question de capacité : il y en a une, mais vous l'avez jugée secondaire.

Appliquons ceci à la question qui nous occupe. Toutes les fois qu'il s'agit d'une capacité spéciale, la jurisprudence considère que la loi française est préférable à la loi étrangère. Si on qualifie le rapport envisagé « rapport de capacité », c'est la loi nationale qui s'applique, donc la loi étrangère, dans le cas qui nous occupe. Alors il faut se tourner vers les autres qualifications, et voir si elles peuvent être retenues. La loi de l'objet ? C'est la *lex rei sitæ*. Son



emploi est considérable ; nous l'avons vu au début de ce chapitre pour un legs fait par un étranger à son médecin : il y avait là une question de capacité indéniable, mais l'objet du droit était un immeuble situé en France, le tribunal a qualifié la question « réelle ». La deuxième loi possible est la loi de la forme de l'acte : c'est la jurisprudence relative au testament olographe du Hollandais auquel sa loi personnelle interdit ce genre de testament : peut-il en faire un néanmoins en France ? Le demandeur en nullité soutient qu'il y a là une question de capacité. Non, répond la jurisprudence, c'est une question de forme, et par application de la loi française, le testament est valable (1). 3° Loi du fond de l'acte, c'est la loi présomptivement choisie par les parties, cette qualification est employée également : ainsi la loi hambourgeoise interdit à ses nationaux les promesses d'égalité. Un Hambourgeois en a fait une à ses enfants devant un notaire de Bordeaux et l'a mécon nue dans son testament. Le bénéficiaire du testament soutient que la promesse d'égalité était nulle, la loi personnelle du testateur restreignant sa capacité en ce qui concerne cet acte spécial. Mais les juges déclarent (2) que ce contrat, passé en France,

(1) Orléans, 4 août 1859, D. P. 1859.2 158, S. 1860.2.37.

(2) Req., 20 février 1882, D. P. 1882.1.119, S. 1882.1.145, Cl. 1882, 90.

est soumis, étant données les circonstances, à la loi française, et que, la promesse d'égalité étant valable, le testament ne l'est pas.

Seulement il ne faut pas se méprendre sur l'allure de cette jurisprudence : elle reconnaît rarement de façon explicite le point de vue complexe que nous dégageons. Quand elle qualifie un rapport donné « question de forme », non seulement elle ne concède pas qu'il y a bien une question de capacité à l'arrière-plan, mais elle affirme souvent, comme pour donner plus de force à la qualification qu'elle adopte, qu'il n'y a aucune question de capacité en jeu. Ceci est très important à noter parce qu'il ne faut pas s'y laisser prendre. Un arrêt déclare qu'il n'est pas le moins du monde question de capacité, uniquement pour justifier son opinion que la considération de l'immeuble ou de la forme doit prévaloir. Mais la preuve qu'il y a tout de même une question de capacité est que si, dans une matière analogue, la *lex loci actus* ou la *lex rei sitæ* est inapplicable, on déclarera la loi personnelle applicable en vertu de la règle que la capacité est régie par la loi nationale !

L'exemple typique est celui des donations entre époux, qui s'est surtout présenté à propos d'Italiens. La loi italienne interdit ces donations. Une jurisprudence, que nous reprendrons en détail (1), dit : la

(1) Ci-dessous, p. 126 et suiv.

donation est valable par application de la loi française en ce qui concerne les immeubles sis en France ; elle est nulle par application de la loi italienne, qui régit la capacité des époux, en ce qui concerne les meubles. Si la possibilité de faire des donations mobilières entre époux relève de la capacité, il est indéniable que la question de capacité se pose dans les mêmes termes pour les immeubles. Seulement là, la qualification *lex rei sitæ* étant possible, elle prévaut. Mais elle prévaut sans qu'on reconnaisse l'aspect subsidiaire « capacité » : on invoque tout simplement l'article 3, alinéa 2 du Code civil ; le choix de la qualification est donc implicite : il n'est ni justifié, ni même exprimé.

Il suit de là que dans les cas où ce parallélisme ne se rencontre pas, où les arrêts affirment qu'il s'agit d'une pure question de forme, de régime des biens, ou d'autonomie de la volonté, il est permis de penser que la notion de capacité existe tout de même. Seulement elle est « masquée » par un autre aspect du rapport juridique vers lequel le juge s'est porté d'instinct, et qu'il affirme exister seul, parce qu'il serait peut-être beaucoup plus embarrassant de reconnaître ouvertement la complexité du rapport juridique et de justifier son choix. Mais la preuve que la complexité du rapport est, au moins implicitement, sentie, est que, si la qualification préférée devient, dans

un cas analogue, inutilisable, on se reporte tout naturellement à la capacité.

Dans ces conditions, on comprend qu'il ne soit pas possible de dégager de la jurisprudence une délimitation entre les incapacités spéciales et les prohibitions réelles, puisque cette limite est masquée par l'extension de la qualification « prohibition réelle » à des rapports juridiques où il y a certainement une question de capacité en jeu. Ce problème est insoluble dans l'état actuel de la jurisprudence. Il est du reste sans intérêt, puisqu'on n'applique la qualification de capacité que quand il est impossible de faire autrement : sitôt donc que le statut réel peut intervenir, il n'y a qu'à l'appliquer sans hésitation.

Il y a tout de même une limite : celle des incapacités générales. Tous ces raisonnements ne valent que pour les capacités spéciales. Quand, au contraire, il s'agit de capacité générale, les qualifications *lex rei sitæ*, *lex loci actus*, « loi présomptivement choisie par les parties », qui auraient prévalu contre la loi personnelle dans les incapacités spéciales, s'effacent devant elle.

Pourquoi cette distinction ? La réponse se trouve dans les considérations historiques de la première partie de ce travail : la capacité étant le trait d'union entre le statut personnel et le statut réel, il est impossible de la classer tout entière dans l'un ou dans

l'autre. L'ancien droit mettait toutes les incapacités spéciales dans le statut réel, au moins théoriquement ; nous établissons aujourd'hui des distinctions. Mais ces distinctions, nous n'en voulons pas pour les incapacités générales qui nous paraissent trop étroitement liées à l'état des personnes ; la loi personnelle doit les régir d'une façon exclusive ; et si on se rappelle le régime des incapacités générales en matière de changement de domicile (1), on se rendra compte que la notion n'a pas changé depuis l'ancien droit.

Mais puisque nous nous attachons à une certaine distinction, celle des incapacités générales et des incapacités spéciales, il se pose naturellement le problème de toutes les classifications : la limite est-elle parfaitement définie ? Indiquons dès maintenant de sérieuses raisons d'en douter : la femme mariée n'est pas considérée par tous les auteurs comme frappée d'une incapacité générale, le prodigue non plus. Il faudra comparer les opinions des civilistes aux solutions de la jurisprudence en droit international privé, et voir dans quelle mesure elles se corroborent ou se rectifient les unes les autres.

Nous étudierons donc dans les trois chapitres qui vont suivre : 1° La disparition de la loi nationale en matière de capacité spéciale devant la *lex rei sitæ*,

(1) Ci-dessus, p. 63 et suiv.



la *lex loci actus*, la loi présomptivement choisie par les parties ; 2° Le maintien de la loi nationale en matière de capacité générale devant ces mêmes obstacles ; 3° La détermination de la limite entre les incapacités générales et les incapacités spéciales.

Il aurait pu sembler préférable d'étudier en premier lieu la limite entre les incapacités générales et les incapacités spéciales. Mais si la limite est indécise sur certains points, la distinction n'en est pas moins parfaitement claire : nous pouvons donc nous en servir dès maintenant en la considérant comme justifiée ; c'est un sophisme trop fréquent que de nier une distinction sous prétexte que ses limites ne sont pas précisées : ce défaut peut la rendre délicate à utiliser, mais n'empêche pas qu'il y ait une différence de nature entre les termes extrêmes qu'elle sépare. Et nous avons tout avantage à ne l'étudier de près qu'après nous être éclairés sur les solutions concrètes de la jurisprudence.

## CHAPITRE II

### ÉLIMINATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN MATIÈRE DE CAPACITÉ SPÉCIALE PAR LE CHOIX DE LA QUALIFICATION.

Nous venons de voir que les questions de capacité spéciale sont soumises à la loi française toutes les fois que cette loi peut être appliquée au rapport envisagé, soit comme *lex rei sitæ*, soit comme *lex loci actus*, soit comme loi présomptivement choisie par les parties. Nous allons examiner dans trois sections successives l'emploi de ces trois qualifications.

#### SECTION I

##### La « *lex rei sitæ* ».

La *lex rei sitæ* a fourni à la jurisprudence le moyen le plus efficace et le plus fréquemment employé pour écarter la loi nationale en matière de capacité spéciale. Ce moyen est efficace à double titre, d'abord parce qu'il s'autorise d'un texte formel, l'article 3, alinéa 2 du Code civil, aux termes duquel « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » (et l'appui

d'un texte est rare en droit international privé), ensuite parce que toute notre tradition était trop imprégnée de territorialité pour que le xix<sup>e</sup> siècle ne s'en ressentît pas ; on peut même dire que les tribunaux ont saisi l'argument de texte avec tout le respect qu'avait l'« Ecole exégétique » pour ce genre d'arguments, mais que leur opinion était faite sans texte. Et ce n'est pas un des moindres étonnements de celui qui étudie cette jurisprudence que d'y trouver une conception du statut réel tellement conforme à la tradition de l'ancien droit qu'on peut se demander si elle ne répond pas à quelque nécessité plus ou moins bien sentie et exprimée.

Ce moyen efficace a été fréquemment employé. Mais il ressort de ce qui précède qu'il se limite aux immeubles : l'article 3, alinéa 2, ne parle que des immeubles et l'ancien droit régissait les meubles par la loi personnelle. La raison de tradition renforcée de la raison de texte rendait inéluctable une solution qui paraît bien singulière à l'esprit moderne habitué à considérer la *lex rei sitæ* applicable de la même façon et pour les mêmes motifs aux meubles et aux immeubles. Cet état d'esprit moderne s'est du reste fait jour dans la jurisprudence, comme nous le verrons.

L'étonnement des esprits ne s'est pas manifesté seulement devant la vieille distinction entre meubles

et immeubles. De même que la tradition de l'ancien droit a paru insuffisante à la quasi-unanimité des auteurs de la fin du xix<sup>e</sup> siècle pour justifier les solutions jurisprudentielles, de même l'argument tiré de l'article 3, alinéa 2, leur a paru abusif. D'après ces auteurs, cet alinéa vise exclusivement la réglementation des droits réels (nature, classification, modes de transmission de ces droits), mais non l'ensemble des rapports juridiques dont l'immeuble peut être l'objet. La question de savoir si un Espagnol peut faire au profit de sa fille une institution contractuelle portant sur un immeuble français, alors que la loi espagnole interdit d'avantager une fille par acte entre vifs, est une question de statut personnel à régler par l'article 3, alinéa 3, et non une question de statut réel régie par l'article 3, alinéa 2. Et on voit les conséquences du raisonnement : si on applique l'alinéa 3, l'acte est nul, si on applique l'alinéa 2 il est valable. C'est le conflit de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3 du Code civil. L'histoire de ce conflit résout la question de l'application de la *lex rei sitæ* à des matières dépendant de la capacité.

\* \* \*

Le conflit se présenta pour la première fois devant les tribunaux, en 1829, sous la forme la plus nette

qu'on puisse imaginer : ce fut dans l'affaire Bonar contre d'Hervas. D'Hervas était un Espagnol qui avait épousé une Française. Cette Française, devenue Espagnole par son mariage, consentit à un créancier de son mari, Bonar, une hypothèque sur un de ses immeubles situé en France, en garantie du paiement de la dette de son conjoint. Cette dette n'ayant pas été payée à l'échéance, Bonar poursuivit l'expropriation de l'immeuble hypothéqué. Ce à quoi il lui fut opposé par sa débitrice que l'hypothèque était nulle comme consentie en violation de l'incapacité velléienne d'intercéder *pro marito*, dont elle était frappée par la loi espagnole, loi qui réglait sa capacité.

Le conflit était éclatant : il s'agissait d'une question de capacité au premier chef. Et combien n'était-il pas choquant de voir invoquer une disposition d'une loi étrangère inconnue en France pour frustrer un créancier de plusieurs centaines de mille francs (somme importante en 1829 !) alors que ce créancier avait fait confiance à ses débiteurs dans l'assurance qu'ils lui offraient un gage présentant toutes les garanties assurées par la loi française. Et la circonstance que l'Espagnole était en réalité une Française devenue Espagnole par son mariage n'était pas de nature à incliner les juges à un respect excessif de son statut personnel.



Par jugement du 4 juin 1829 (1), le Tribunal de la Seine déclara que, la capacité étant régie par la loi nationale, il ne pouvait qu'appliquer la loi espagnole et annuler l'engagement de la femme d'Hervas : c'était d'une logique indéniable si on s'en tenait aux termes du Code civil (art. 3, al. 3) appliqué aux étrangers : le texte dit « état et capacité », sans distinction.

Mais ce texte n'a de sens qu'encadré dans la tradition qu'il consacre : c'est du moins ce que pensèrent la Cour de Paris et la Cour de cassation par leurs arrêts du 15 mars 1831 (2) et du 17 juillet 1833 (3).

Déjà la Cour de Lyon et la Cour suprême avaient montré que la théorie des statuts leur était familière en décidant à propos de contrats de mariage passés avant la Révolution que l'inaliénabilité dotale était de statut réel (4), et les motifs de ces arrêts nous ramènent aux formules de d'Argentré : « Attendu, dit la Cour de Lyon, que le caractère distinctif du statut personnel est de régler directement et *abstraction faite des biens* la capacité *générale* ou absolue des personnes pour contracter... » « Que le statut est personnel, dit la Chambre civile, quand il règle

(1) S. 1831.2.237.

(2) D. P. 1831.2.112, S. 1831.2.237.

(3) D. P. 1833.1.303, S. 1833.1.663.

(4) Lyon, 25 janvier 1823 et Civ., 2 mai 1825, D. P. 1825.1.311 ; Req., 11 août 1825, D. P. 1825.1.407.

principalement et directement la capacité et l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter. » Si on se rappelle que l'ancien droit, après de longues hésitations, penchait plutôt au xviii<sup>e</sup> siècle vers la personnalité du statut concernant l'inaliénabilité dotale (1), on en conclura que les magistrats du début du xix<sup>e</sup> siècle n'avaient vraiment pas perdu le sens de la vieille doctrine française.

Et ils en firent à l'affaire d'Hervas une application aussi remarquable par l'équité de son résultat que par l'abondance des arguments invoqués à son appui. La Cour de Paris et la Cour de cassation procédèrent, du reste, assez différemment.

La Cour de Paris n'invoque pas moins de quatre arguments :

1<sup>o</sup> « A tout seigneur, tout honneur », l'article 3, alinéa 2, dans sa concision formelle, a le premier rang : « Que le domaine hypothéqué à ladite obligation étant situé en France, il s'ensuit qu'il y a lieu de juger la capacité de la femme d'Hervas et la validité de son obligation d'après les lois françaises, que si ce principe n'était pas admis on serait soumis à autant de lois étrangères qu'il y aurait d'étrangers possessionnés en France, ce qui serait une violation manifeste de la disposition fondamentale écrite dans le deuxième paragraphe de l'article 3 du Code civil. »

(1) V. ci-dessus, p. 22.

La Cour parle expressément de la capacité de l'Espagnole : elle ne nie pas qu'il y ait une question de capacité en jeu ; mais il s'agit d'une capacité spéciale : la Cour ne le spécifie pas, mais les décisions judiciaires ne sont pas dictées seulement par des motifs, elles le sont aussi par des tendances, dont le relevé est la première tâche du juriste. Or, puisqu'il ne s'agit pas de capacité générale, la Cour se permet de ne pas s'arrêter au statut personnel ; elle vise d'abord la chose ;

2° Elle se tourne ensuite, pour mieux appuyer sa thèse, vers l'acte : « Considérant qu'en thèse générale, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, les contrats et obligations passés en France, et dont on a le droit de poursuivre l'exécution devant les tribunaux français, ne peuvent être appréciés et jugés que par la législation qui est propre à la France. » La loi française est-elle considérée comme loi présomptivement choisie par les parties ? Peu importe : la Cour a eu le sentiment qu'on pouvait envisager à part l'acte et que celui-ci dépendait de la loi française ;

3° Un troisième argument est tiré de l'ignorance de la loi étrangère où se trouvait Bonar. Nous le retrouverons et l'apprécierons en étudiant la jurisprudence dite de « l'intérêt national » (1). Notons

(1) V. ci-dessous, p. 233 et suiv.

pour le moment que la thèse pouvait s'en passer ;

4° Le dernier argument est une curiosité historique. Il consiste à dire : sous l'ancien droit, la femme domiciliée dans une province dont la coutume proclamait l'incapacité velléienne échappait au sénatus-consulte en transférant son domicile dans une province qui l'ignorait : « Que si ce principe était reçu de province à province, dit la Cour de Paris, il doit l'être à bien plus forte raison de royaume à royaume, surtout dans les Etats qui, comme la France, sont régis par une législation uniforme. » La Cour applique très correctement au Velléen le principe (1) qu'en cas de changement de domicile, les questions de capacité spéciale, n'étant pas aussi étroitement liées à l'état des personnes que les incapacités générales, ne restent pas soumises à la loi du domicile d'origine, qui s'impose pour la stabilité de l'état de la personne ; elles sont régies au contraire par la loi du domicile actuel. Mais elle oublie que si le royaume a en effet remplacé la province au point de vue du champ d'application des lois, ce n'est plus le domicile, mais la nationalité qui détermine la loi personnelle, de sorte que l'Espagnole a beau avoir transféré son domicile en France, son statut personnel reste soumis à la loi espagnole tant qu'elle n'a pas changé de nationalité. Le raisonnement est malgré tout

(1) V. ci-dessus, p. 63 et suiv.

curieux, car il montre combien la théorie des statuts était encore présente aux esprits en 1831, même sur des points aussi particuliers que la nature de l'incapacité velléienne ; il montre aussi qu'au début du xix<sup>e</sup> siècle les juristes regardaient la substitution de la loi nationale à la loi du domicile comme une conséquence de l'unification de la législation, et non pas du tout comme un renversement de la notion admise en matière de statut personnel.

L'arrêt de la Cour de Paris fut déféré à la Cour de cassation. Par arrêt du 17 juillet 1833, la Chambre civile rejeta le pourvoi. Mais cet arrêt oppose à l'argumentation fouillée des juges d'appel l'*imperatoria brevis* assez fréquente dans les décisions de la Cour suprême. La Chambre civile constate simplement que : 1<sup>o</sup> Il ne peut être question de la violation de l'article 3, alinéa 3, parce que ce texte ne parle pas des étrangers en France, mais des Français à l'étranger ; 2<sup>o</sup> Il a été fait une juste application de l'article 3, alinéa 2, dont les termes sont formels.

Ce point de vue « légaliste » est le triomphe de la méthode exégétique. M. Gény n'a pas manqué de relever cette décision (1) ; il y voit la manifestation de la circonspection qu'il a remarquée à la Cour de cassation en matière de droit international privé pendant une bonne partie du xix<sup>e</sup> siècle, les théories de

(1) *Méthodes d'interprétation et sources*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 217.



cette branche du droit paraissant à la Cour suprême trop incertaines. Il faut reconnaître que l'argument négatif tiré de l'article 3, alinéa 3, témoigne d'un certain agnosticisme, mais les considérants de l'arrêt montrent que, sur le point qui nous intéresse, les idées de la Cour de cassation n'étaient pas différentes de celles de la Cour de Paris.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il ne s'agissait dans l'espèce ni de l'état de la dame d'Hervas, ni d'aucun droit garanti par une convention diplomatique..., mais de la validité d'une obligation... », et immédiatement après vient le double argument de texte reproduit ci-dessus. Il est très caractéristique que la Cour ne parle que de l'état de la dame d'Hervas ; étant donné que toute la tradition, et le texte même du Code civil, associent état et capacité, l'omission du mot capacité tendrait à prouver qu'il y avait bien aux yeux de la Cour une question de capacité en jeu : un motif d'arrêt ne s'interprète évidemment pas comme un texte de loi, mais cet *a contrario* a toutes les vraisemblances pour lui. Et croit-on, d'autre part, que, s'il s'était agi de la capacité générale de l'étrangère, soit comme femme mariée, soit comme mineure, la Cour eût osé dire qu'il ne s'agissait pas de son état ? Nous en doutons fort pour notre part.

Quoi qu'il en soit, il ressort de cet attendu que la question touche peut-être à la capacité, mais à une

capacité dont l'organisation est nettement à part du droit concernant l'état des personnes. Et alors la Cour cherche un autre aspect de la question, et c'est la validité de l'obligation qu'elle mentionne d'abord : l'acte juridique qui donne naissance au droit. Mais elle n'en tire pas de conséquences, et passe à l'argument de texte qui est le seul décisif à ses yeux : c'est le triomphe du statut réel.

Or il s'agissait évidemment dans cette affaire d'une question de capacité, mais de capacité spéciale. Ce dernier point pourrait être contesté par ceux qui ne verraient dans le Velléen qu'une disposition entre beaucoup d'autres réglementant l'incapacité générale de la femme mariée. Mais cette difficulté, que nous traiterons dans son ensemble plus loin (1), peut être écartée dans le cas présent par l'observation suivante : le propre de l'incapacité générale dont est frappée la femme mariée (en admettant que ce soit bien, comme nous le croyons, une incapacité générale, ce que nous étudierons également plus loin) est de disparaître par l'autorisation maritale. Or l'incapacité velléienne ne disparaît pas avec l'autorisation maritale ; elle est donc bien distincte de l'organisation générale de l'incapacité de la femme mariée. C'est une incapacité spéciale à faire un acte déter-

(1) Ci-dessous, p. 210 et suiv.

miné. On a vu du reste (1) que l'ancien droit la considérait aussi comme une incapacité spéciale.

Mais cette même incapacité spéciale pouvait fort bien être régie par la loi nationale, si on ne trouvait pas de qualification propre à faire intervenir la loi française : c'est ce qu'a décidé plus tard la Chambre des requêtes (2), à propos d'une Genevoise à laquelle sa loi personnelle interdisait de cautionner son mari ; comme aucun immeuble français n'était en jeu (la femme avait simplement avalisé des traites tirées par son mari), c'est la loi étrangère qui fut appliquée, et l'engagement de la femme annulé.

Le conflit proprement dit de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3 de l'article 3 ne se représenta plus devant la Cour de cassation pendant un demi-siècle. Sans doute les préférences de la Cour suprême pour une interprétation extensive de l'article 3, alinéa 2, eurent fréquemment l'occasion de se manifester en particulier par l'application de ce texte aux successions immobilières ; cette application est même si générale qu'elle englobe depuis longtemps (3) les règles sur le disponible et la réserve, où il pourrait

(1) Ci-dessus, p. 116.

(2) Req., 29 décembre 1896, *Cl.* 1897.555.

(3) Req., 19 avril 1841, D. P. 1841.1.216, S. 1841.1.583 et plus récemment : Pau, 11 juin 1906, D. P. 1907.2.1, S. 1908.2.257, *Cl.* 1907.156 ; Alger, 27 janvier 1899, *Cl.* 1899.558.

être légitime de voir, sinon des règles de capacité, du moins des règles de statut personnel ; nous retrouverons du reste la question (1) ; en tous cas, elle fait doute. Quoi qu'il en soit, un conflit entre les règles de capacité et le statut réel aussi éclatant que dans l'affaire d'Hervas ne se représenta devant la Cour régulatrice qu'en 1884, avec l'affaire Antonelli.

La comtesse Antonelli était fille du comte Garcia de la Palmira, de nationalité espagnole. Dans le contrat de mariage de sa fille avec le comte Antonelli, sujet italien, le comte Garcia de la Palmira avait fait donation à la future épouse, par préciput et hors part, du quart des biens qu'il laisserait à son décès. A son décès, la comtesse Antonelli voulut se prévaloir de l'institution contractuelle faite à son profit. Ses co-héritiers, un demi-frère et une demi-sœur, tous deux Espagnols, lui opposèrent la nullité de cette institution contractuelle, comme faite en violation de la loi espagnole interdisant d'avantager les filles par acte entre vifs. Mais, la succession comprenant des immeubles sis en France, la comtesse Antonelli soutint que, sur eux au moins, elle pouvait se prévaloir de l'institution contractuelle, puisque la loi française admettait la validité de cet acte.

C'est dans ces conditions que l'affaire fut portée devant les tribunaux. Qu'allaient faire ceux-ci ?

(1) Ci-dessous, p. 178.

Depuis l'arrêt d'Hervas, qui remontait à près de cinquante ans, les conceptions doctrinales avaient germé en grand nombre, mais la variété des opinions n'empêchait pas d'apercevoir une évolution générale très nette vers la personnalité des lois. L'influence de Mancini était indéniable.

Sur la question même de l'institution contractuelle, il y avait un très vieil arrêt de la Chambre des requêtes de 1815 (1), rendu à propos d'un conflit de coutumes : une institution contractuelle faite à Avignon et portant sur des biens sis en France avait été annulée comme contraire à l'ordonnance de 1731, alors que la loi romaine, applicable en Avignon, la validait. La doctrine de cet arrêt était-elle encore valable ?

Le Tribunal de la Seine le pensa, sans faire allusion du reste à cette décision ancienne. Par jugement du 31 juillet 1879 (2), il déclara valable, en ce qui concerne les biens situés en France, la donation de biens à venir faite au profit de la comtesse Antonelli : Ce jugement fut infirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 mars 1881 (3), qui déclara la donation nulle, attendu « que ce n'est donc pas au point de vue de la loi française qu'il

(1) Req., 3 mai 1815, S. 1815.1.352.

(2) D. P. 1881.2.137, *Cl.* 1881.355.

(3) D. P. 1884.1.277, S. 1886.1.121, *Cl.* 1885.77.



convient de se placer pour apprécier la validité de cet acte, mais bien au point de vue de la capacité personnelle du donateur stipulant hors de France dans les limites qui lui étaient fixées, non par la loi française, mais par celle de son pays ». Cet arrêt fut cassé par la Chambre civile le 2 avril 1884 pour un seul motif : l'alinéa 2 de l'article 3 s'applique aux institutions contractuelles exactement comme il s'applique aux successions : c'était catégorique.

On a cherché à amoindrir la signification de cet arrêt, en prétendant (1) que l'espèce était trouble, l'institution contractuelle pouvant être regardée comme un acte à cause de mort que la loi espagnole admettrait comme pouvant contenir un avantage au profit d'une fille : en déclarant la donation valable, la Cour de cassation n'aurait donc pas matériellement enfreint le statut personnel du *de cujus*. La portée de l'observation est faible étant donné qu'en admettant que la solution fût conforme en fait au droit espagnol, la Cour de cassation n'en a pas moins dit formellement « qu'en faisant prévaloir la loi espagnole sur le statut réel qui en France régit les immeubles situés sur son territoire, l'arrêt attaqué a violé les dispositions de loi sus-visées ». La Cour de cassation a donc fait prévaloir sans équivoque la loi française. Quant à la question de savoir si l'institu-

(1) Note Pillet au S. 1896.2.73.

tion contractuelle était vraiment nulle en droit espagnol, la Cour d'appel a répondu affirmativement, et la Cour de cassation, fidèle à son refus de contrôler l'interprétation des lois étrangères, ne s'est pas prononcée. Il est à remarquer que cette question avait paru fort importante au tribunal, qui, après avoir déclaré la loi française applicable, avait ajouté que, du reste, même au regard de la loi espagnole, la donation était valable.

Le point de savoir, d'ailleurs, si l'institution contractuelle est un acte entre vifs ou à cause de mort dépendait uniquement de la loi espagnole, du moment que celle-ci était déclarée compétente. Le problème de qualification est soumis à la *lex fori* quand, de sa solution, dépend la détermination de la loi applicable. Mais quand la loi applicable est connue et ne dépend pas de la qualification, il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer à la question de qualification, puisqu'elle est réputée applicable à l'ensemble de la question. C'est ainsi que le point de savoir si un bien situé en Russie est meuble ou immeuble sera résolu en France par la loi russe (1) puisque, quelle que soit la qualification adoptée, la loi russe sera applicable. En réalité, il n'y a pas là un problème de qualification au sens dans lequel on emploie

(1) Civ., 5 avril 1887, S. 1889.1, 387.

l'expression en droit international privé, puisque de sa solution ne dépend pas celle du conflit de lois. Dans l'espèce actuelle la question de qualification, au sens du droit international privé, était de savoir si la prohibition de l'institution contractuelle touchait à la capacité ou au régime des biens, et elle dépendait exclusivement de la loi française. Mais si on la résolvait dans le sens « capacité », la loi espagnole était définitivement applicable, et avait donc seule qualité pour qualifier l'institution contractuelle acte entre vifs ou à cause de mort.

Il restait donc bien nettement en présence les deux thèses : d'une part, faire prévaloir la loi française parce qu'il s'agissait d'un immeuble. C'est la solution du tribunal et de la Cour de cassation ; d'autre part, appliquer la loi étrangère parce qu'il y avait une question de capacité en jeu : ce fut la solution de la Cour d'appel, et aussi celle du notaire liquidateur. Cette observation vaut la peine d'être faite : si le notaire a fait prévaloir la loi espagnole, avant tout procès, c'est sans doute après avoir pris conseil sur une question aussi délicate : et sa décision prouve qu'il a rencontré une moyenne d'opinions favorables à la qualification « capacité ». L'idée de voir là une question de capacité n'était donc pas particulière à la Cour de Paris : seulement c'était une incapacité évidemment spéciale, parce

que limitée à un certain acte ; aussi la Cour de cassation ne s'y est pas arrêtée.

La Chambre civile avait ainsi affirmé sa fidélité au vieux principe proclamé dans l'arrêt d'Hervas. Moins de dix ans après l'arrêt Antonelli, elle allait avoir l'occasion de parfaire son système : ce fut l'arrêt Zamaretti, si complexe à interpréter, et si abondamment critiqué en doctrine.

L'affaire roulait sur une donation entre époux. La question de la loi applicable aux donations entre époux étrangers avait donné lieu jusque-là à deux arrêts de la Chambre civile, l'un passé presque inaperçu, l'autre au contraire très souvent cité, mais n'éclairant pas beaucoup la question.

Le premier datait de 1830, c'était une affaire Taafe contre Bellew. Quelle était la loi applicable à la donation que s'étaient faite les époux Bellew, de nationalité anglaise ? La loi anglaise, répondit la Cour de cassation (1) : « Qu'en supposant qu'il y avait eu donation déguisée entre Bellew et sa femme alors étrangers l'un et l'autre, la Cour Royale a pu, sans violer aucune loi, déclarer que ces actes ne portant que sur des choses mobilières, la législation française sur les donations était inapplicable à la cause. » On reconnaît le style exégétique et circonspect de l'arrêt d'Hervas (les deux décisions sont de la même

(1) Civ., 19 mai 1830, S. 1830.1.325.

époque), mais la doctrine se dessine assez clairement : on applique la loi anglaise parce qu'il n'y a pas de motif d'appliquer la loi française. N'est-ce pas la théorie que nous avons annoncée ? Et quels pouvaient être ces motifs d'appliquer la loi française ? Les considérants en indiquent un en termes quasi exprès : la circonstance que la donation porterait sur un immeuble : la doctrine de l'arrêt Zamaretti est en fait contenue dans cette vieille décision.

Le second arrêt, beaucoup plus connu, fut rendu dans l'affaire Fraix le 4 mars 1857 (1). Mais nous avons dit que cet arrêt ne pouvait nous éclairer beaucoup. Il a eu en effet deux questions à résoudre, celle du régime matrimonial et celle des donations entre époux, et l'une a influé sur l'autre. Il est connu parce qu'il a affirmé avec une force particulière le principe déjà admis que le régime matrimonial dépend de l'autonomie de la volonté. La question présentait cet intérêt particulier, en l'espèce, que la loi personnelle des époux, la loi Sarde, leur interdisait d'adopter la communauté légale française dont ils voulaient se prévaloir. Pour se débarrasser de cette prohibition, la Cour de cassation déclara qu'elle avait le caractère d'un statut réel, sans influence en France. Puis, passant à la question de donation entre époux, interdite par l'article 1186 du Code sarde, et

(1) D. P. 1857.1.102, S. 1857.1.247.



qu'elle voulait valider par application de la loi française, la Cour ajoute : « Attendu qu'en admettant, comme le prétendent les demandeurs, que la prohibition de l'article 1486 du Code civil de la Sardaigne ait pour objet de restreindre la disponibilité des biens entre époux afin d'en assurer la conservation aux héritiers du sang, elle ne constituerait encore qu'un statut réel en harmonie avec le statut prohibitif de la communauté conjugale, empreint du même caractère et circonscrit quant à son application dans les mêmes limites... » La Cour veut-elle dire que les donations entre époux sont régies par la même loi que les régimes matrimoniaux ? C'est peu probable puisqu'elle soumet ceux-ci à l'autonomie de la volonté, et déclare ceux-là de statut réel. Mais les termes cités peuvent parfaitement, on le reconnaîtra, justifier l'une et l'autre interprétation. D'autre part, les donations entre époux étant qualifiées purement et simplement « statuts réels » échapperaient complètement au statut personnel ?

L'arrêt Zamaretti nous offre une solution plus nette, plus nuancée, tout à fait dans la ligne annoncée par l'arrêt Taafe, et répondant absolument à la tradition de l'ancien droit. Elle consiste à dire : « Ces époux italiens se sont fait une donation à l'encontre des dispositions de leur loi nationale qui interdit les donations entre époux par actes entre vifs ; la

donation est nulle en ce qui concerne les immeubles italiens et les meubles, par application de la loi italienne ; elle est valable en ce qui concerne les immeubles français par application de la loi française. »

Cette solution a soulevé de très vives critiques (1) : si la Cour reconnaît bien, a-t-on dit, que l'interdiction des donations entre époux est une question de capacité, comme elle le dit pour les meubles, pourquoi refuse-t-elle d'appliquer la loi personnelle aux immeubles comme aux meubles ? Ou, si elle considère que la matière est de statut réel, comme dans l'arrêt Fraix, qu'elle soit au moins logique dans son erreur et applique la *lex rei sitæ* aux meubles. Mais la distinction qu'elle fait est de toute façon inacceptable.

Et pourtant cette solution bizarre se trouve coïncider exactement avec celle que donnait d'Argentré (2). Une telle coïncidence n'est-elle pas signe de quelque raison permanente ?

Examinons comment se justifient respectivement les trois décisions rendues successivement dans l'espèce. Le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 3 mars 1891 (3), adopta purement et simplement la

(1) V. les notes Pillet au S. 1896.2.73 et de Loynes au D.P. 1892.2. 553.

(2) V. ci-dessus, p. 20.

(3) *Cl.* 1891.508.

doctrine qui paraissait ressortir de l'arrêt Fraix : les donations entre époux étant de statut réel, elles sont soumises à la loi française pour tous les biens, meubles et immeubles, situés en France.

Ce jugement ayant été frappé d'appel, la thèse du tribunal fut appuyée devant la Cour par le ministère public (1), mais ne triompha pas. La Cour (2) posa la distinction que nous avons indiquée : la loi étrangère s'applique aux meubles, la loi française aux immeubles : « Considérant que si la disposition de l'article 1054 du Code civil italien porte effet sur la distribution et la conservation des biens, elle vise principalement l'état et la capacité des personnes ; que la capacité de disposer touche essentiellement la capacité de la personne..., qu'en ce qui touche les immeubles, l'article 3 du Code civil français édicte par exception que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. »

La doctrine est d'une limpidité parfaite : la possibilité de se faire des donations entre époux est une question de capacité de disposer, question qui fait partie de la capacité, donc ressort de la loi nationale. Mais quand un immeuble français entre en

(1) V. ci-dessus, p. 98.

(2) Paris, 27 mai 1892, D. P. 1892.2.553, S. 1896.2.73, *Cl.* 1892.940.

jeu, la considération de l'immeuble prime celle de la capacité spéciale, et la loi française s'applique : système très compréhensible si on admet la conception complexe du rapport juridique qui a été présentée plus haut. Sans doute cette conception n'est pas développée dans les considérants de la Cour. Mais n'est-elle pas implicitement admise ? Il s'agit bien de capacité dans les deux cas, meubles et immeubles ; dès que la qualification immobilière le permet, on fait prévaloir la loi française, sinon on revient à la loi nationale.

Si cette solution est théoriquement justifiable, que vaut-elle pratiquement ? Là-dessus les critiques ont vite fait de dénoncer les complications qu'introduit cette dualité de régimes. Mais la même dualité ne se retrouve-t-elle pas dans le système adopté par la jurisprudence pour les successions ? La considération est fort importante car elle aboutit à régler de la même façon l'exécution de la donation et la liquidation de la succession ; or, dans l'espèce, comme il se produit fréquemment, la donation était faite sous la condition suspensive de la survie du donataire. Il est certain, d'autre part, que cette similitude est, non seulement commode, mais susceptible d'éviter des injustices : ainsi avant la loi française du 9 mars 1891, la loi italienne, moins favorable que la loi française au conjoint survivant considéré comme dona-

taire (1), lui assurait par contre (2) des droits successoraux plus avantageux que ceux accordés par la loi française à cette époque : l'application de la même loi aux deux questions permettait de conserver l'équilibre voulu et réalisé de façon différente par les deux législations.

Ce parallélisme avec le régime des successions a même tellement impressionné les juges qu'ils ont transformé cette conséquence avantageuse en un motif : le tribunal déclare que la donation doit être traitée comme les actes de disposition à cause de mort qui suivent la loi de la succession ; or, cette loi est la loi réelle, l'application de la loi étrangère à la succession mobilière *ab intestat* n'étant qu'une exception à interpréter restrictivement. Le tribunal ajoutait cette restriction parce qu'il soumettait toute la donation au statut réel, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles.

La Cour de Paris déclara que cette distinction entre la succession mobilière *ab intestat* régie par la loi étrangère, et les actes de disposition à cause de mort, régis par la loi française « ne repose sur aucun texte, et n'a point de base juridique ». Elle n'invoqua pas le parallélisme.

(1) Art. 1054, C. civ. italien, prohibant les donations entre époux.

(2) Art. 753 et 754, C. civ. italien.



Mais la Chambre des requêtes (1), en rejetant le pourvoi formé par la veuve Zamaretti contre l'arrêt qui annulait la donation quant aux meubles, ne vit absolument dans l'affaire qu'une question de succession : l'arrêt entrepris avait jugé à bon droit que, Zamaretti n'ayant pas été admis à domicile en France, sa succession mobilière était régie par la loi italienne. Et c'est tout.

Cette justification semble d'autant plus bizarre que la Cour d'appel avait pris soin de spécifier que la donation entre époux, même révocable, est un acte entre vifs : c'était très important car la loi italienne, tout en interdisant aux époux les donations par actes entre vifs, leur permet les donations testamentaires, et on n'avait pas manqué de tirer parti de cette disposition pour conclure à la validité de la donation même quant aux meubles, comme étant un acte de dernière volonté, puisque la loi française déclare les donations entre époux révocables comme les testaments.

Quoi qu'il en soit, la Chambre des requêtes consacrait formellement la solution à laquelle avait abouti la Cour de Paris. Pour les immeubles, la Cour de Paris invoquait l'article 3, alinéa 2, exactement comme on l'a toujours invoqué pour les successions immobilières. Pour les meubles, il y avait évidem-

(1) Req., 8 mai 1894, *Cl.* 1894.562.

ment une certaine équivoque, la Cour de Paris rattachant la donation à la capacité et la Cour de cassation à la succession : or si la capacité est régie normalement par la loi nationale, la succession mobilière ne l'est que grâce à notre conception du domicile légal de l'étranger en France.

Le résultat était néanmoins si précis qu'on vit les Cours d'appel s'y rallier. Ainsi la Cour d'Alger eut à s'occuper des donations entre époux en 1898 et 1900, dans deux affaires relatives toutes deux à des époux Anglo Maltais ; dans la première, elle déclara la donation soumise à la même loi que le régime matrimonial ; dans la deuxième, elle adopta la doctrine de l'arrêt Zamaretti. Il est du reste assez piquant de constater que le premier de ces deux arrêts a une signification toute différente de celle que lui donne l'énoncé de la solution qu'il consacre. Il s'agissait, dans cette affaire Bussutil contre Casa Angelin (1), de savoir si la femme Bussutil avait pu valablement révoquer la donation par elle faite à son époux. Si la donation était régie par la loi française, elle était révocable (art. 1096, C. civ.) ; si elle était régie par la loi anglo-maltaise, loi nationale des époux, elle ne l'était pas. La Cour qui avait d'abord à déterminer, pour répondre à d'autres chefs de conclusions, le

(1) Alger, 2 mai 1898, D. P. 1898.2.457. Note de M. Bartin, S. 1900.2.257, *Cl.* 1899,385.

régime matrimonial des époux Bussutil, le déclara soumis à la loi française. Puis, passant à la donation entre époux, elle la déclara régie par la même loi que le régime matrimonial. Ce rattachement des donations entre époux au droit de la famille ne pouvait que plaire aux partisans de l'extension de la loi personnelle. M. Martin, dans sa note au *Dalloz*, approuve en effet la solution, en ajoutant toutefois que, si la solution en elle-même est bonne, le résultat auquel elle aboutit est pourtant le contraire de celui qu'on devrait atteindre à son sens, en raison de notre jurisprudence sur les régimes matrimoniaux : si on soumettait ceux-ci à la loi personnelle du mari, comme on devrait le faire d'après lui, la donation en notre espèce eût été soumise à la loi anglo-maltaise, et déclarée irrévocable. Mais l'approbation de la solution en elle-même par M. Martin montre bien la signification que donne à cet arrêt la doctrine qu'il adopte.

Seulement la lecture des motifs laisse une impression assez différente : « Sur la donation contractuelle du 8 février 1879 : Attendu que la donation dont se prévaut le sieur Bussutil ayant été régulièrement révoquée par sa femme à la date du 15 mars 1892, ne peut produire aucun effet, que c'est donc vainement que le sieur Bussutil soutient que cette révocation est nulle parce que la capacité de disposer par

donation relève uniquement du statut personnel et qu'aux termes de la loi maltaise, qui seule doit être appliquée, les donations entre époux sont irrévocables ; attendu en effet que la donation entre époux constitue une transmission de biens contractuelle, régie par la volonté des parties, et soumise à la législation du pays où ce contrat doit recevoir son exécution ; que les biens mobiliers et immobiliers faisant partie de cette donation sont situés en territoire français. »

Nous retrouvons exactement le produit complexe des tendances permanentes de notre jurisprudence : on prétend qu'il s'agit de capacité, la Cour ne le nie pas, mais ne s'y arrête pas, car elle veut appliquer la loi française, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une incapacité générale. Et elle le peut, car deux qualifications s'offrent aussitôt, qu'elle adopte concurremment : loi présomptivement choisie par les parties, *lex rei sitæ*. Mais — et voilà la vraie différence avec l'arrêt Zamaretti — pour faire coïncider ces deux lois, elle applique la *lex rei sitæ* aux meubles comme aux immeubles. Et c'est seulement après cette argumentation, comme pour renforcer sa conviction que la loi française est applicable, qu'elle ajoute : « qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, les époux Bussutil ont entendu soumettre à la loi française les conditions civiles de leur union et que leur intention

formelle a été d'adopter les dispositions de cette loi relativement aux donations contractuelles qu'ils se sont faites mutuellement le 8 février 1879 ». Le seul objet de cette addition est de fortifier la Cour dans son sentiment que la loi française est applicable : elle recourt en effet immédiatement après à une considération dont c'est évidemment l'unique but : si la loi maltaise était appliquée, le résultat serait le même, car la donation serait nulle pour défaut d'accomplissement de la formalité d'insinuation. Et elle ajoute : « qu'il ne s'agit pas là d'une question de forme, à laquelle peut s'appliquer la règle *locus regit actum*, mais d'une question de fond relative à une incapacité de donner » : c'était reconnaître finalement qu'il y avait bien une question de capacité en jeu !

La Cour d'Alger était donc guidée par les mêmes tendances que la Cour de Paris et la Cour de cassation. Deux ans après, elle régularisait l'aboutissement de ces tendances d'après la formule précise de la Cour suprême. Il se représenta devant elle en 1900 (1) une question de donation entre époux également Anglo-Maltais, également appelés Bussutil — mais les époux Bussutil de cette affaire « Bussutil contre Abela » n'ont de commun que le nom avec les époux Bussutil de l'affaire « Bussutil contre Casa Angelin ». Il s'agissait de savoir si la donation était

(1) Alger, 9 juin 1900, D. P. 1901.2.42.



valable, bien que les époux n'eussent pas procédé à la formalité de l'insinuation : « Attendu, répond la Cour, que de ces dispositions corrélatives de ladite loi française (les alinéas 2 et 3 de l'art. 3, C. civ.) il résulte que si, en ce qui concerne ses biens mobiliers la donatrice de 1851 était au regard de sa législation nationale dans un état d'incapacité légale qui lui interdisait de disposer desdits biens sans recourir à l'« insinuation », il n'a pu en être ainsi en ce qui concerne les immeubles qu'elle possédait sur le territoire français, ces immeubles ne pouvant suivre d'autre loi que celle de leur situation. »

La solution de l'arrêt Zamaretti est fidèlement reproduite, mais (il n'est pas sans intérêt de le remarquer) avec la justification de la Cour de Paris. La Cour d'Alger a même pris soin d'expliquer qu'il ne s'agissait pas d'une disposition testamentaire, mais bien d'une donation entre vifs.

L'année suivante, la Cour de Paris eut à résoudre à nouveau la même question dans l'affaire Bacigalupo. Le tribunal de la Seine, convaincu que la prohibition des donations entre époux crée une incapacité, avait annulé par jugement du 5 mai 1900 la donation qu'avait faite à sa femme le sieur Bacigalupo, de nationalité italienne, et il lui avait semblé que le raisonnement montrant une question de capacité dans la disposition légale italienne protectrice du

libre consentement des époux, était aussi valable pour les immeubles que pour les meubles. Ce jugement ayant été frappé d'appel, l'avocat général conclut à son infirmation parce que la donation entre époux devait être régie par la loi française, loi de la situation des biens, tant immobiliers que mobiliers.

Ecartant les deux thèses opposées, du ministère public et du tribunal, la Cour (1) maintint la solution introduite en 1892 : « Considérant que les lois concernant la capacité dépendent du statut personnel, et régissent les étrangers, même résidant en France, sauf les restrictions apportées par notre législation nationale en matière immobilière ; qu'ainsi Bacigalupo était soumis à la loi italienne pour la capacité de disposer de ses biens mobiliers. » La solution est justifiée comme dans l'arrêt Zamarretti de la Cour de Paris, et pourtant, d'après les indications des recueils de jurisprudence, ce n'était ni la même chambre, ni le même président.

Cette solution s'était affirmée à propos des donations entre époux ; mais la généralité des conceptions sur lesquelles elle reposait en faisait une solution générale du conflit de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil. Et en effet la jurisprudence l'appliquait en 1899 et en 1903 à la question

(1) Paris, 5 juin 1901, *Cl.* 1901.773.

de savoir si un étranger peut faire en France un legs apparent et un legs à son médecin.

La question se complique ici d'un élément nouveau : puisque nous sommes en présence de legs, il y a une loi applicable à l'ensemble de l'opération : c'est la loi de la succession. Mais d'autre part, il n'est pas niable que cette loi régissant la succession doit se combiner avec les lois régissant le testament en tant qu'acte juridique : ainsi la forme du testament sera régie par la *lex loci actus* (compte tenu bien entendu du caractère facultatif que peut présenter celle-ci), et la capacité par la loi nationale du testateur. Ce dernier point ne fait aucun doute pour les incapacités qu'on jugera générales : si un étranger mineur teste en France après l'âge de 16 ans, conformément à l'article 904 du Code civil, bien que sa loi nationale lui interdise tout testament avant sa majorité, on conçoit parfaitement que nos tribunaux déclarent le testament nul, pensant que cette incapacité est trop étroitement liée à l'état général de la personne pour pouvoir être détachée du statut personnel.

Mais il y a justement en matière de disposition à titre gratuit toute une série d'incapacités spéciales. Et comme on se dépouille moins volontiers de son vivant que par testament, la question de la loi applicable à ces incapacités s'est posée pratiquement à

propos de successions. Or, si nous appliquons à ces incapacités spéciales le système développé plus haut, il se trouve coïncider avec celui qui régit la succession : la loi française dès qu'un immeuble entre en jeu, la loi étrangère du moment qu'il ne s'agit que de meubles. Et c'est bien en effet la solution de la jurisprudence. Seulement on peut se demander s'il n'y a pas simplement là une extension de la loi successorale à l'ensemble de l'opération, ou si vraiment la jurisprudence a entendu affirmer à propos de ces capacités spéciales la solution déjà dégagée pour les actes entre vifs.

L'étude de la jurisprudence permet de répondre nettement en faveur de la seconde alternative.

La première décision rendue en la matière est — nous devons le reconnaître — contraire à cette conclusion, mais, comme elle est ancienne et est restée isolée, elle ne constitue pas une objection sérieuse. C'est un arrêt de la Cour de Pau de 1857 rendu dans une affaire Barrios (1), qui soumet à la loi successorale la question de savoir si le testament d'un étranger peut contenir un legs avec faculté d'élire : on peut admettre qu'il ne s'agit pas là de capacité, mais encore fallait-il le dire : la Cour paraît croire que l'ensemble du testament est soumis à la loi de la succession.

(1) Pau, 9 juin 1857, D. P. 1858.2.137.

Mais très vite se dégagea l'idée que, dans une succession testamentaire, il y a lieu d'isoler le testament pris comme acte juridique et lui appliquer les différentes lois qui gouvernent l'acte juridique. La distinction est très bien faite dans un jugement du Tribunal de Bordeaux confirmé en appel par adoption de motifs (1). Il s'agissait d'un Français naturalisé Américain, le sieur Pépin, qui, après avoir légué une certaine somme à sa fille naturelle, la demoiselle Arcueil, était revenu en France et s'y était marié. De ce mariage étaient issus deux enfants, et la loi de la Louisiane, à la différence de la loi française, déclare que les testaments sont rendus caducs par la survenance d'enfants. Les circonstances de l'espèce rendaient cette caducité particulièrement choquante, les motifs de la Cour en font foi, et le tribunal chercha à appliquer la loi française pour l'éviter, mais il dut reconnaître que la loi américaine était seule applicable : « Soit que l'on considère le lieu où l'acte a été fait, la situation des biens sur lesquels les legs doivent être exécutés ou payés, le lieu du domicile du testateur qui règle sa capacité personnelle, la seule loi qu'il est possible d'appliquer est celle de la Louisiane où l'acte a été fait, où sont situés les biens, où était domicilié le testateur ; que,

(1) Trib. Bordeaux, 17 août 1870 et. C. Bordeaux, 5 août 1872, D. P. 1873.2.149, S. 1872.2.269, *Cl.* 1874.184.



suivant les principes du droit romain, généralement suivis, les effets des contrats pour les clauses accessoires, rescisoires, ou révocatoires, sont réglés par la loi du lieu où les actes ont été passés, parce que les parties contractantes sont présumées s'en être remises à cette loi. » Ainsi on a envisagé les quatre lois qui peuvent intervenir dans un acte juridique : loi personnelle, *lex rei sitæ*, *lex loci actus*, loi présomptivement choisie par les parties. La présomption est du reste déterminée avec une rigueur que la jurisprudence rejette en général, et l'appui cherché dans le droit romain est assez obscur. On peut aussi se demander pourquoi la loi personnelle, loi de la Louisiane, est considérée comme loi du domicile et non comme loi nationale ; il y aurait peut être là le germe de l'idée du renvoi, mais ces détails importent peu : l'idée que dans une succession testamentaire, il y a un acte juridique qui s'envisage indépendamment de la succession, en particulier, quant à la capacité des testateurs, est parfaitement dégagée.

Seulement, par la suite, des décisions (1) ont appliqué l'expression de « capacité testamentaire » à des matières qui évidemment devaient être régies par la loi de la succession, en particulier à la réserve : savoir quelle est la quotité de sa fortune dont l'étranger

(1) V. par ex. : Alger, 20 février 1875 *Cl.* 1875.275 ; Pau, 11 juin 1906, *D. P.* 1907.2.1, *S.* 1908.2.257, *Cl.* 1907.1.6.

peut disposer librement est une question relative à l'objet du testament, à la réglementation d'ensemble de la succession et non à la protection de la volonté du testateur (bien que l'idée y intervienne, puisqu'elle fut même à Rome l'origine de la *querela inofficiosi testamenti*). Malgré cet abus du terme capacité, la notion qu'il y a dans le droit testamentaire des questions de capacité réglées différemment de la succession s'est maintenue très ferme.

Elle s'est manifestée à plusieurs reprises. Dès 1883, la Cour de Paris (1) eut à statuer sur la validité d'un legs fidéicommissaire émanant d'une Américaine ; il était assurément nul d'après la loi française, mais la Cour le valida, « considérant que la capacité en matière testamentaire tient au statut personnel, qu'il ne s'agit d'ailleurs point dans l'espèce d'immeubles situés en France et régis par la loi française ». Le tribunal avait statué dans le même sens.

Quand cette doctrine eut reçu, grâce à l'affaire Zamaretti, l'appui de l'argumentation de la Cour de Paris, qui, excluant toute équivoque avec la loi successorale, donnait à la solution un fondement propre et solide, quand elle eut reçu, grâce à cette même affaire, la consécration de la Cour de cassation, elle s'imposa tout naturellement aux Cours et Tribunaux.

(1) Paris, 7 août 1883, *Cl.* 1884.192.

Ainsi, en 1900, le Tribunal de la Seine (1) est saisi d'une action en nullité d'un legs contenu dans le testament d'un Italien pour ce motif que, d'après les termes mêmes du testament, le légataire désigné n'était qu'un légataire apparent. Mais la loi italienne reconnaissait la validité d'un tel legs. Le tribunal le déclara valable quant aux meubles par application de la loi italienne, et nul quant aux immeubles sis en France par application de la loi française. Les motifs, du reste, ne permettent pas d'affirmer que le tribunal ait donné cette solution par application du système relatif à la capacité plutôt que par application du système successoral : il parle des deux tour à tour.

La distinction est au contraire d'une clarté parfaite dans un jugement du tribunal de Nice du 28 décembre 1903 (2) rendu dans l'espèce suivante : une Allemande avait légué à son médecin, allemand, un immeuble sis en France. Les héritiers demandèrent la nullité du legs par application de la loi française, la loi allemande ignorant la prohibition des legs au médecin. Le conflit de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3 de l'article 3 apparaissait cette fois à l'état pur, car la prohibition des legs au médecin est au premier chef une question de protection du consentement, donc de

(1) Seine, 7 juillet 1899, *Cl.* 1900:158.

(2) *Cl.* 1904:713.

capacité. Le tribunal déclara le legs nul, solution équitable, car la captation était prouvée. Le tribunal constate cette circonstance et dit qu'elle suffirait à annuler le legs sans qu'on invoque l'article 909 du Code civil, mais il tient à prendre parti sur l'interprétation de cet article en droit international privé, et en tire une justification suffisante en elle-même de sa solution : « que si bien en effet la prohibition édictée à l'encontre du médecin traitant, à qui une libéralité a été faite au cours de la maladie dont est mort le disposant, constitue une règle d'incapacité et appartient au statut personnel, elle n'en touche pas moins quand il s'agit d'immeubles situés en France auxquels les dispositions de l'article 3 du Code civil français sont donc applicables, à la condition juridique de la transmission de ces biens... » : la doctrine se retrouve telle quelle : il y a bien une question de capacité, mais la qualification immobilière permet d'appliquer la loi française, donc on la fait prévaloir.

La portée de l'alinéa 2 de l'article 3 s'affirme donc de plus en plus au fur et à mesure qu'on étudie cette jurisprudence. On arrive à ne plus être étonné de voir appliquer la loi française à un partage d'ascendants entre Espagnols (1), pour le seul motif qu'il

(1) Alger, 2 février 1910, *Revue de droit international privé*, 1913, p. 103.

porte sur un immeuble français : et pourtant le partage d'ascendants n'est-il pas dominé par la conception que se fait le législateur des rapports de famille, donc du statut personnel ?

Cette idée que toutes les questions touchant au droit de la famille appartiennent au statut personnel s'ancrait de plus en plus dans la doctrine, favorable dans son ensemble à l'extension du statut personnel. L'influence de cet état d'esprit se manifesta quelques années avant la guerre par un essai de réaction contre la doctrine de la Cour de cassation au sujet de l'application de l'article 3, alinéa 2.

Cette réaction est d'autant plus nette qu'elle se produisit dans cette délicate matière des donations entre époux qui avait été l'occasion pour la jurisprudence d'affirmer sa doctrine.

Un jugement du Tribunal de Mortagne du 6 avril 1911 avait décidé qu'une donation intervenue entre époux suisses, contrairement aux prescriptions de leur loi personnelle, était soumise à la loi française parce qu'elle portait sur des immeubles français, parce que les époux avaient expressément déclaré dans le contrat se soumettre à la loi française, et parce que le régime matrimonial qu'ils étaient réputés avoir tacitement choisi était celui de la communauté légale française. Le tribunal reprenait l'argument classique avec les appuis de la Cour d'Alger



dans la première affaire Bussutil (1). Il est à remarquer que le notaire, en insérant dans le contrat une référence expresse à la loi française, avait prévu la difficulté, et il l'avait jugée résolue par l'application de l'article 3, alinéa 2 : cette constatation permet d'entrevoir l'autorité acquise par cette jurisprudence dans la pratique notariale.

Mais la Cour de Caen (2), prenant une initiative hardie, réforma le jugement : « Attendu que ce qui a dicté la prohibition du législateur suisse, c'est la pensée de l'atteinte possible à la liberté du donateur, c'est l'idée de capacité de consentement amoindrie, supprimée peut-être à raison des rapports entre époux, c'est en un mot la considération de la personne, et non celle des biens. » La donation était donc nulle : la Cour de Caen revenait à la doctrine de la Cour de Paris dans l'affaire Antonelli, doctrine approuvée par la majorité des auteurs, et elle déclarait sans ambages en parlant de la distinction entre meubles et immeubles « que ce système aboutit à une distinction irrationnelle et doit être rejeté ».

Il n'y eut pas de pourvoi. Cet arrêt allait-il être le point de départ d'une nouvelle orientation de la jurisprudence ? En somme, la Cour de cassation

(1) V. ci-dessus, p. 134 et suiv.

(2) Caen, 15 janvier 1912, *Cl.* 1914.217, *Revue de droit international privé*, 1914.147 et la note.

s'était prononcée pour la dernière fois en 1894, depuis cette date l'enseignement du droit international privé avait semé avec persévérance l'idée que l'article 3, alinéa 2, ne doit s'appliquer aux immeubles français que pour l'organisation des droits réels dont ils sont l'objet, dans la mesure où la sécurité des transactions, fondement de l'application de la *lex rei sitæ*, y est intéressée, mais qu'il est trop simpliste d'appliquer ce texte à tous les rapports juridiques naissant à propos d'un immeuble situé en France (1).

L'expérience montra que la Cour suprême restait fidèle à son opinion. Le 7 mai 1924, un arrêt de la Chambre des requêtes (2) proclamait une fois de plus le vieux principe, et cette fois à propos d'une institution contractuelle : « Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir validé, en ce qui concerne les immeubles laissés en France par la dame Peduzzi, l'institution contractuelle consentie par elle au profit de son futur conjoint, alors que la loi italienne, qui régissait la capacité des deux époux d'après la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, frappe les donations de biens à venir d'une nullité absolue ; mais attendu d'une part qu'aux termes de l'article 3, § 2 du Code civil, les immeubles... »

(1) M. Bartin à son cours, 1927-1928.

(2) *Cl.* 1925.126, *Revue du droit international privé*, 1924.406.

Trente ans après l'arrêt Zamaretti, la Cour de cassation persiste donc dans son interprétation de l'article 3, alinéa 2, d'après laquelle tout litige relatif à un immeuble français se juge suivant la loi française, même s'il soulève une question de capacité. Le principe est entré dans notre droit positif, c'est un fait. Qu'en penser ? Est-ce un simple artifice verbal, un argument de texte sournois destiné à dispenser les juges de l'application de la loi étrangère, ou au contraire l'expression d'une volonté réfléchie ?

L'argument de texte ne s'impose pas : on peut légitimement discuter sur le sens grammatical de la proposition : « Les immeubles sont régis par la loi... » Mais là n'est pas le nœud de la question. L'argument de texte est toujours invoqué, mais il recouvre une réalité plus profonde : la continuité de la conception que se sont faite les juges français du statut réel. Nous avons vu quelle était cette conception avant la Révolution et comment la doctrine moderne l'a profondément changée (1). Sur ce point comme sur beaucoup d'autres les juges ont gardé la tradition que les auteurs reniaient. Ils la gardaient d'autant mieux que l'intention des rédacteurs du Code civil avait été de la garder. Que dit Portalis pour expliquer l'alinéa 2 ? « La souveraineté est indivisible, elle cesserait de l'être si les portions d'un même ter-

(1) V. ci-dessus, p. 15 et suiv.

ritoire pouvaient être régies par des lois qui n'émanaient pas d'un même souverain (1). » Cette idée que le territoire entier doit être soumis à la loi édictée par la souveraineté du lieu, que c'est une conséquence de l'idée de souveraineté, est exactement celle de d'Argentré : « *sic ut de talibus nulla cujusquam potestas sit praeter territorii legem* (2). » Elle est bien différente de l'idée de sécurité dans les transactions, en particulier en ce qu'elle vise les immeubles, non les meubles. Et elle se retrouve explicitement longtemps après le Code civil. C'est la Cour de Paris qui dit en 1874 (3) : « Aux termes de l'article 3 du Code civil, les immeubles possédés en France par des nationaux ou par des étrangers sont régis par la loi française. Cette disposition *commandée par le droit politique* s'oppose à ce que dans quelque cas que ce soit la transmission des immeubles *faisant partie du territoire national* soit réglée autrement que par la loi française.

Comment s'étonner dans ces conditions de l'étendue des applications de l'article 3, alinéa 2 ? Nous avons déjà vu (4) que ces applications avaient englobé tout le droit des successions, y compris les

(1) Fenet, t. VI, p. 358.

(2) V. ci-dessus, p. 18.

(3) Paris, 12 mai 1874, *Cl.* 1875.193.

(4) Ci-dessus, p. 120.

règles sur la réserve et le disponible : on sait que ce même texte justifie la compétence générale des tribunaux français en matière de litiges intéressant les immeubles français ; on a même été jusqu'à prétendre que ce texte exigeait conforme à la loi française la forme des actes relatifs à un immeuble français (1) !

Nous sommes donc en présence, non pas d'un procédé artificiel destiné à éluder une règle de droit, mais d'une tendance ancienne et profonde de la jurisprudence, tendance qui s'est établie avant la Révolution, s'est manifestée sans équivoque après, et paraît avoir inspiré les auteurs du Code civil.

## SECTION II

### La « *lex loci actus* ».

La qualification « disposition de forme » a permis d'écarter la loi étrangère en matière de capacité spéciale, et d'appliquer la loi française quand il s'est agi d'un acte fait en France par un étranger : il a suffi d'appliquer au litige qualifié « question de forme » la règle *locus regit actum*.

Les occasions qui s'en sont présentées se sont toutes ramenées à l'hypothèse suivante : un étranger teste en France en la forme olographe alors que sa

(1) Ci-dessous, p. 157.



loi nationale lui interdit ce genre de testament. Le testament est-il valable ? Si on qualifie la question posée « question de forme », le testament est valable par application de la loi française en vertu de la règle *locus regit actum* ; si on la qualifie « question de capacité », il ne l'est pas par application de la loi étrangère en vertu de la règle que la capacité est régie par la loi nationale.

Disons tout de suite, pour signaler l'importance de la question, qu'on aurait tort de trouver *a priori* artificielle la qualification « capacité » proposée dans cette hypothèse. Elle l'est si peu que certains juges l'ont adoptée (1), et que son adoption découle, comme nous le montrerons, d'une conception de la capacité qu'il est impossible de rejeter sans discussion.

Ceci posé, le fait est que la jurisprudence a nettement pris parti en faveur de la qualification « forme », ce qui concorde avec le système que nous avons développé : adopter toute qualification qui permette, en matière de capacité spéciale, d'écarter la loi nationale.

La question se posa pour la première fois devant les tribunaux en 1844. Un Anglais, le sieur Quartin, avait testé en France suivant la forme olographe prévue par la loi française. A son décès, son père,

(1) V. ci-dessous, p. 158.

qui était son seul héritier, attaqua la validité du testament « par le motif (pour employer les termes mêmes du jugement), que son auteur, sujet anglais, était incapable en France de tester par la voie olographe, les statuts de sa nation ne reconnaissant que les testaments publics ». Par jugement du 8 août 1844, le Tribunal de Seine le débouta de sa demande. Le 7 juillet 1845, un arrêt de la Cour de Paris confirmait le jugement par adoption de motifs et le 25 août 1847, la Chambre civile rejetait le pourvoi formé contre cet arrêt (1).

Aucune de ces trois décisions n'a aperçu la question qui nous intéresse : elles ont simplement affirmé qu'il s'agissait d'une question de forme. Dans les motifs de son jugement le tribunal reproche à Quartin d'avoir « confondu » les règles de la capacité et celles de la forme, mais ne songe pas à établir que ce sont bien les règles de la forme qui sont applicables.

Toute la discussion a porté sur le point de savoir si la maxime *locus regit actum* était applicable aux testaments. Cette question paraissait douteuse parce que l'ancien droit l'avait beaucoup discutée, y voyant la clef de deux problèmes : 1° le nôtre ; 2° celui de savoir si un individu peut tester en la forme olographe admise par son pays d'origine, mais prohibée par le pays où il teste. Aujourd'hui, et depuis la

(1) D. P. 1847.1.273, S. 1847.1.714.

célèbre affaire Gesling contre Viditz (1), nous résolvons le deuxième problème par le principe du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Le premier ne se pose plus par le fait que nous le qualifions « question de forme » purement et simplement : il se résout donc comme toutes les questions de forme par la règle *locus regit actum*.

La solution admise par la Cour de cassation a été adoptée par les Cours et Tribunaux. En 1859, la question se posa à nouveau devant la Cour d'Orléans à propos d'un Hollandais (2). L'espèce présentait cette particularité intéressante que la loi hollandaise (art. 992, C. civ. néerlandais) prévoyait expressément le cas du Hollandais à l'étranger et lui interdisait la forme olographe, tandis que la loi anglaise invoquée dans l'affaire Quartin se bornait à réglementer les formalités du testament en omettant la forme olographe et sans prévoir le cas du testament à l'étranger. Cette circonstance ne devait avoir, si on raisonnait tant soit peu, aucune influence sur la solution du conflit, puisque la question était précisément de savoir si cette disposition était applicable ou non, mais il faut reconnaître que son caractère impératif pouvait impressionner les magistrats. Ceux-ci n'en

(1) Civ., 20 juillet 1909, *Cl.* 1909.1097, D. P. 1911.1.185, S. 1915.1.165.

(2) Orléans, 4 août 1859, D. P. 1859.2.158, S. 1860.2.37.

donnèrent pas moins la solution de l'arrêt *Quartin*, qui avait du reste été signalée par le ministère public. Seulement cette décision présente la même lacune que la précédente : la question de qualification est résolue implicitement, elle n'est pas discutée. Toute l'argumentation tient dans le raisonnement : puisque c'est une question de forme, *locus regit actum*, donc la loi hollandaise est hors de cause.

En 1881, le Tribunal de Marseille eut à juger la validité du testament qu'un sieur Méras, de nationalité espagnole, avait fait à Marseille en la forme olographe contre les prescriptions de sa loi nationale. La solution fut celle de la Cour d'Orléans sans autre appui nouveau qu'une référence expresse à l'arrêt *Quartin* (1).

Quelques années après, le Tribunal de la Seine, saisi à son tour de la question, à propos d'un Russe dont le testament n'avait pas été transcrit au consulat russe selon les prescriptions de sa loi nationale, rendit un jugement où pour la première fois la discrimination entre la forme et la capacité paraissait un problème à résoudre. Il fut du reste résolu d'une façon assez curieuse : par un renvoi aux catégories semblant résulter des divisions du Code civil : « Que la distinction, dit le jugement (2), entre la capacité

(1) *Cl.* 1882.426.

(2) Seine, 21 juillet 1883, *Cl.*, 1884.405.

du testateur et la forme du testament est établie par le Code civil qui réglemente l'une dans le chapitre II et l'autre dans le chapitre V du livre III. » Il y a là un exemple intéressant de l'influence que peut avoir une division matérielle sur la formation d'une catégorie juridique (1).

La même solution est donnée par le Tribunal d'Annecy en 1890 (2), mais avec la simple affirmation qu'il s'agissait d'une question de forme. Le testament, reconnu ainsi valable, fut du reste déclaré sans effet comme portant sur des immeubles régis par la loi sarde qui ignorait le testament olographe. Nous signalons cette idée singulière, que nous avons annoncée plus haut, d'appliquer la *lex rei sitæ* à la validité du testament portant sur cette *res*, parce qu'elle montre jusqu'où va dans l'esprit des juges l'influence de la loi territoriale ; on la retrouve dans l'affaire Méras et dans d'autres décisions de cette époque (3).

En 1895, le Tribunal de la Seine reproduisait la solution dans ses motifs d'un jugement rendu à propos d'un Portugais, solution qui n'était une fois de plus qu'une simple affirmation (4).

(1) Cf. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 94 et suiv.

(2) Annecy, 5 février 1890, *Cl.* 1891.243.

(3) V. p. ex. : Seine, 3 décembre 1881, *Cl.* 1882.322, Papeete, 22 septembre 1898, *Cl.* 1899.595.

(4) Seine, 19 novembre 1895, *Cl.* 1897.816.



Arrivés au terme de cette suite de décisions imposantes par leur unanimité, nous trouvons enfin un jugement qui a analysé le caractère de la prohibition du testament olographe pour voir si vraiment cette disposition intéressait la forme ou la capacité. C'est un jugement du Tribunal de la Seine du 13 août 1903 (1) qui avait à dire si l'article 992 du Code civil néerlandais était ou non applicable au testament fait par un Hollandais, le sieur Boellard, en France. Le tribunal a aperçu la question et l'a discutée. Et c'est la qualification « capacité » qui cette fois l'a emporté. Elle l'a emporté parce que le tribunal a vu dans la prohibition du testament olographe une disposition protectrice du consentement du testateur, c'est-à-dire présentant à ses yeux le caractère distinctif des dispositions de capacité : « qu'après avoir, dit le jugement, dans le but de protéger ses nationaux contre des entraînements irréfléchis et contre des manœuvres qui vicieraient la volonté du testateur, et dépouilleraient injustement les héritiers de ce dernier, restreint dans le Royaume la faculté de disposer en la soumettant à des formes solennelles, la loi hollandaise a voulu que ses prescriptions reçussent application en pays étranger. » Le tribunal déclare « que la disposition de l'ar-

(1) *Cl.* 1904.166.

ticle 992 précité affecte le statut personnel des Néerlandais ».

Mais le plus curieux est que le tribunal, qui se sépare ainsi de la jurisprudence antérieure, montre dans ce même jugement qu'il reste animé des mêmes tendances que les autres juridictions : il remarque en effet qu'avec son système la règle *locus regit actum* n'est pas appliquée, mais elle « peut être méconnue alors que son application n'est point revendiquée par un sujet français, et n'intéresse aucun bien situé en France ». Autrement dit, si une des parties avait été française, le tribunal aurait adopté la qualification « forme » pour appliquer la loi française. Et si la qualification « immeuble » avait été possible, il l'aurait également adoptée. Nous retrouvons bien la tendance à appliquer la loi française dès que c'est utile et possible.

En somme, la portée de ce jugement qui pourrait être grande sur le point précis de la qualification « forme », ne l'est certainement pas sur la ligne générale de la jurisprudence que ses motifs tendent au contraire à confirmer. Sur la qualification « forme », il déroge à la jurisprudence précédente pour des raisons solides. Sa solution a été reprise récemment dans un jugement du Tribunal de la Seine (1) qui a

(1) Seine, 19 février 1927, D. P. 1928.2.33. Note Crémieu, *Cl.* 1928,710.

annulé le testament olographe fait en France par un Hollandais, mais, cette fois, les motifs n'ont aucune valeur. Le tribunal déclare qu'il ne s'agit pas de capacité mais bien d'une question de forme, seulement la loi hollandaise est libre d'écarter la règle *locus regit actum* ; autrement dit le tribunal applique la règle hollandaise de conflit ! Ce jugement rendu contrairement aux conclusions du Ministère public a naturellement été critiqué aussi bien au *Clunet*, par M. Perroud, qu'au *Dalloz*, par M. Crémieu.

On peut tout de même avancer que la solution de notre droit positif reste la qualification « forme » : elle est appuyée sur un arrêt de la Cour de cassation, ancien il est vrai, mais corroboré par une longue suite de décisions, que ne suffisent pas à infirmer deux jugements, plus ou moins bien motivés, et a pour elle l'autorité d'une rare ancienneté, car au témoignage de d'Argentré, qui l'approuve (1), Bartole écrivait : « *Quoties statutum non simpliciter inhabilitat ad actum* » *sed certæ solemnitatis respectu* » *quam adjungi vult actui, toties ejus dispositionem non porrigi ultra territorium statuentis.* »

Reste à se demander ce qu'il y a lieu de penser de cette nouvelle porte ouverte à l'application de la loi française en des matières susceptibles de rentrer dans la catégorie « capacités spéciales ».

(1) *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 16.

Savoir si une disposition légale relative à la forme du testament doit être placée parmi les règles de forme ou parmi les règles de capacité, comme protectrice du consentement, peut paraître une discussion byzantine. En réalité, c'est un aspect particulier d'une question très générale et qui est la suivante : quand on cherche, en droit international privé, à caractériser une disposition légale, à la qualifier de telle façon qu'apparaisse immédiatement la loi qui lui est applicable, on se trouve très fréquemment en présence de deux solutions : l'une qui consiste à s'arrêter à l'objet même de la disposition (ici, c'est une question de forme), l'autre qui consiste à rechercher le but poursuivi par le législateur (ici, c'est une question de protection).

Posé en ces termes, le problème est, on le voit, très général. Nous l'avons déjà rencontré dans l'ancien droit : d'Argentré considérait exclusivement l'effet immédiat de la loi, ce qui l'amenait à grossir considérablement le statut réel puisque la majorité des règles de droit ont effet sur les biens ; au XVIII<sup>e</sup> siècle il y eut une réaction parce que de nombreuses dispositions, tout en ayant effet sur les biens, visent un intérêt déterminé de la personne qui a été le motif dont s'est inspiré le législateur ; nous avons vu Boullenois, critiquant cette préoccupation exclusive de l'objet immédiat de la loi, dire : « L'on ne consi-

dère que la chose défendue, non le motif de la défense (1). » L'exemple qu'il donne à l'appui est celui des donations entre époux : les dispositions légales en cette matière ont pour objet les biens qui pourront ou ne pourront pas être donnés librement ; mais le motif du législateur est la protection des époux ou celle de la famille ou les deux à la fois ; somme toute, une question de personne. Or, Boullenois constate que la jurisprudence les range dans le statut réel.

Le Code civil ne porte pas trace de cette difficile question. Mais des formules aussi « grosses » que « les immeubles sont régis » aiguillent tout naturellement vers la considération exclusive de l'objet immédiat de la loi : et c'est bien ce qui s'est produit pour l'article 3, alinéa 2. Mais la fin du xix<sup>e</sup> siècle a vu revenir en faveur l'idée de but : il n'est pas rare de rencontrer ainsi à la fin du xix<sup>e</sup> siècle une idée qui avait germé à la fin du xviii<sup>e</sup> et avait disparu avec l'ancien droit : il semble que le Code civil, en enlevant à la science du conflit des lois tout son champ d'application à l'intérieur de la France, l'aurait atrophiée momentanément : elle n'aurait repris son ancienne vigueur qu'au cours du xix<sup>e</sup> siècle au fur et à mesure que les relations internationales se multipliaient : et c'est ainsi qu'on voit réapparaître à la

(1) Ci-dessus, p. 27.



fin du XIX<sup>e</sup> siècle des idées qui avaient déjà été émises à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, au moment où l'étude des conflits de coutumes avait été poussée le plus loin.

Les signes de cette nouvelle faveur de l'idée de but sont nombreux : quand on dit que l'« esprit » d'une disposition légale renseigne sur la loi qui lui est applicable en droit international (1), n'est-ce pas pour marquer qu'on ne s'arrête pas à son objet matériel, mais qu'on cherche au delà ? C'est-à-dire où ? On cherche le but qu'elle vise ou l'intention du législateur qui l'a conçue, ce qui revient au même. L'idée de sécurité dans les transactions assignée comme fondement à la *lex rei sitæ* est tout à fait caractéristique de ces préoccupations : pour qu'une disposition soit de statut réel, le critère n'est pas qu'elle intéresse matériellement un meuble ou un immeuble, il faut qu'elle ait été *conçue en vue* d'assurer la sécurité dans les transactions. Enfin ce courant d'idées s'est épanoui dans la doctrine de Pillet qui a fait du « but social » des lois le fondement même de la solution des conflits.

Ce serait une tâche délicate et étrangère à notre sujet que d'étudier l'attitude générale de la jurisprudence vis-à-vis de ce courant d'idées dont la consistance elle-même demanderait à être établie avec plus

(1) M. Bartin à son cours, 1927-1298.

de précision que nous ne l'avons fait. Mais cette attitude est assez facile à analyser sur le point particulier qui nous occupe, et semble d'ailleurs être conforme à ses tendances générales.

La jurisprudence se contente en principe de considérer l'effet immédiat de la loi : dans notre cas elle s'est arrêtée à la qualification « forme ». Mais elle ne s'interdit pas de rechercher l'intention du législateur : c'est ainsi que, rompant avec la tradition de l'ancien droit, elle a rangé les donations entre époux dans le statut personnel, parce qu'elle y a vu le but de protection (1), après les avoir d'abord rangées dans le statut réel (Cf. l'arrêt Fraix) (2), parce qu'elle s'arrêtait primitivement au fait que l'objet de la loi était les biens des époux. Seulement les tribunaux ne s'avancent que prudemment dans cette voie : ils sont peut-être influencés par l'expérience qu'en droit interne les présomptions de volonté conduisent souvent à l'incertitude et à l'arbitraire...

Quoi qu'il en soit, ils auraient pu adopter la qualification « capacité », ils ne l'ont pas fait (sauf deux). Ce choix peut s'expliquer en partie par la tendance

(1) Sauf la restriction en ce qui concerne les immeubles : et comme l'ancien droit régissait les meubles obligatoirement par la loi personnelle, la solution se trouve être la même à partir de deux principes qui s'opposent.

(2) Ci dessus, p. 127.

générale que nous croyons relever, mais cela ne suffit pas puisqu'il y a des cas où le but de la loi est pris en considération. On peut même aller plus loin : à défaut de toute raison décisive en faveur d'une solution plutôt que de l'autre, il y avait un argument d'analogie à l'appui de la qualification « capacité », qui n'a pas manqué de frapper certains esprits (1) : c'est la disposition de l'article 999 du Code civil français qui, en autorisant le Français à tester à l'étranger en la forme olographe de la loi française, paraît ranger la forme des testaments dans le statut personnel. Ce n'est évidemment pas un argument péremptoire puisque ce texte peut aussi bien s'interpréter *a contrario* qu'*a pari*, et aussi ne le signalons-nous que comme argument, non comme raison. Mais les arguments non décisifs ont souvent une grande influence, et la question avait vivement frappé les esprits au XVIII<sup>e</sup> siècle ; elle fut encore très discutée au moment de l'arrêt Quartin (2).

Quelles sont donc les raisons qui ont fait pencher pour la qualification « forme » ? Il semble y en avoir deux. D'abord une raison de bon sens : dire que la prohibition de la forme olographe est une règle de capacité, c'est admissible ; mais dire que la prohibi-

(1) Note sous Civ., 23 août 1847, D. P. 1847.1.273.

(2) La note sous l'arrêt Quartin, D. P. 1847.1.273, résume bien la discussion dans l'ancien droit.

tion de la forme olographe n'est pas une règle de forme, c'est gênant pour le bon sens. Ce sentiment semble si réel chez les juges que le seul jugement qui ait admis la qualification « capacité » a éprouvé le besoin, après avoir soigneusement établi qu'une question de capacité était en jeu, d'expliquer, on a vu plus haut comment (1), pourquoi il n'appliquait pas la règle *locus regit actum* : c'est qu'il pensait que, en dépit de l'aspect « capacité », l'aspect « forme » existait concurremment et de façon indéniable : c'est la vérification de nos développements. On ne doit pas crier au sophisme parce qu'après avoir montré que le sujet roule sur une question de capacité, nous ajoutons qu'il est impossible de ne pas y voir une règle de forme : les aspects « forme » et « capacité » coexistent, mais, pour parler en langage aristotélien, l'un (l'objet immédiat) est la cause matérielle, l'autre (le but visé) la cause finale de la disposition. Et il est très compréhensible que, faute de pouvoir embrasser les deux aspects, puisqu'on aurait été conduit à deux solutions inconciliables, on se soit arrêté au premier, car on peut à la rigueur considérer l'objet immédiat de la disposition légale, abstraction faite du but cherché par son auteur, mais il est beaucoup plus difficile de considérer le but, abs-

(1) Ci-dessus, p. 158.

traction faite de l'objet immédiat ; en effet, la cause matérielle (objet immédiat) est intrinsèque, la cause finale (but) est extrinsèque à ce à quoi elles se rapportent.

On pourrait peut-être en conclure — mais cette conclusion sort du cadre de notre sujet — que la considération du but est possible quand elle vient confirmer et préciser la solution déduite de celle de l'objet, ou quand la loi applicable en considération de l'objet ne s'impose pas de façon absolue comme dans l'exemple des donations entre époux.

En tous cas la qualification « forme » s'impose de façon si naturelle qu'on l'a appliquée au testament conjonctif (1) où l'idée de protection est encore plus nette que dans la prohibition de la forme olographe, qui peut aussi bien viser les fraudes des tiers que la liberté du consentement du testateur ; et cette dualité d'intention doit être fréquente, elle justifie peut-être la circonspection de la jurisprudence dans la considération du but.

Il y a une seconde raison qui explique l'exclusion

(1) Seine, 3 décembre 1881, *Cl.* 1882.322, Witty c. Lecaan. Nous n'avons pas parlé de cette intéressante affaire parce que, le testament ayant été fait à Berlin par deux époux allemands, la *lex loci actus* était la loi allemande et la loi nationale aussi ; on avait invoqué la loi française comme *lex rei sitæ* (cf. ci-dessus, p. 157), mais la validité du testament profitait à un Français !



de la qualification « capacité », c'est la conception que la jurisprudence se fait de la capacité. Le jugement du Tribunal de la Seine, dans l'affaire Boellard, a adopté la qualification « capacité ». Les autres décisions ne l'ont pas retenue, mais l'ont elles seulement vue ? Rien n'est moins sûr. En tous cas certaines d'entre elles ont affirmé qu'il ne s'agissait pas de capacité. Ceci semble bien impliquer un choix entre deux conceptions de la capacité assez différentes l'une de l'autre, quant aux conséquences à en déduire sur le fondement de l'application de la loi nationale à la capacité.

La première conception est celle-ci : la théorie de la capacité est un développement de la théorie du consentement. La théorie du consentement fixe les conditions dans lesquelles un consentement est valide, c'est la détermination des vices du consentement ; puis il y a des cas où le consentement est *a priori* supposé insuffisant, ce sont les incapacités ; or la loi nationale est la mieux qualifiée pour juger du développement mental de ses ressortissants, elle s'appliquera donc au consentement. Et la loi nationale s'applique ainsi à la capacité parce qu'elle s'applique au consentement.

La seconde conception est tout autre. Elle peut s'exposer ainsi : la capacité est la conséquence de l'état d'une personne sur l'exercice de ses droits,

c'est un reflet de l'état. Parce que vous êtes dans l'état de minorité ou de femme mariée, vous ne serez capables d'exercer que tels et tels droits et dans telles et telles conditions. Il y a un lien de cause à effet entre l'état de minorité et l'incapacité qui en résulte, exactement comme il y en a un entre l'état de minorité et les droits et obligations de l'individu soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle qui en résultent. Etant donnée l'étroitesse de ce lien, il est tout naturel de régir la capacité par la même loi que l'état, c'est-à-dire par la loi nationale.

Cette conception explique la différence que la jurisprudence établit d'instinct entre les incapacités générales et les incapacités spéciales. Les premières dépendent d'un état réglementé par la loi nationale, les secondes dépendent d'une qualité plus ou moins accidentelle, fugitive (médecin, testateur, donateur), mais qui peut parfois (époux) être aussi permanente que l'état dont dépendent les premières : d'où la complexité du système.

Dans le cas qui nous occupe, si la jurisprudence avait eu en vue la première conception, elle aurait adopté la qualification « capacité » ; ou, en tous cas, si elle jugeait impossible d'écarter la *lex loci actus*, elle n'aurait pas nié qu'il s'agit de capacité : or, le silence des unes et les négations des autres montrent bien que les décisions ont jugé qu'il ne s'agis-

sait pas de capacité ou ne se sont même pas arrêtées à l'idée.

Et ce résultat vient en corroborer un autre : les partisans de la première conception doivent reconnaître que quand il s'agit d'une question de consentement proprement dit (erreur, dol, violence), la jurisprudence applique (1), non pas la loi nationale, mais la loi présomptivement choisie par parties. Autrement dit, elle rattache le consentement à l'acte juridique (règles de fond) et non pas au sujet du droit (loi personnelle) ; il paraît dans ces conditions plus probable qu'elle rattache la capacité, non pas au consentement, mais à l'état des personnes. Le lien entre la capacité et le consentement exprime un aspect de la réalité, car la réalité est complexe, mais le lien entre la capacité et l'état exprime un autre aspect qui a paru plus évident.

Il n'est du reste pas difficile d'apercevoir comment ces deux relations de la capacité au consentement et à l'état des personnes n'ont rien de contradictoire, tout en n'étant pas de même nature : l'établissement d'une incapacité remédie, dit-on, à une insuffisance de consentement. Mais comment déterminer ceux dont le consentement sera présumé *a priori* insuffisant ? En consultant ce qu'ils sont, c'est-

(1) V. par ex. : Versailles, 3 août 1893, *Cl.* 1894.544.

à-dire leur état. La capacité est donc bien une conséquence directe de l'état tout en visant à protéger un consentement. Mais il est facile de saisir qu'on arrive à une notion plus générale à partir de l'état : le droit civil commence par déterminer quels sont les sujets de droits : c'est l'état des personnes. Ensuite il aborde la question de savoir quels droits pourront exercer ces sujets : c'est la capacité. Or on limitera ces droits, ou leur mode d'exercice, pour certaines catégories de sujets : c'est en considération des qualités de ces sujets, en général de l'insuffisance de leur consentement, mais parfois pour d'autres raisons : unité de direction du ménage, dans le cas de la femme mariée, abus d'influence dans le cas du médecin. Le lien entre la capacité et l'état étant plus général s'aperçoit plus aisément.

On comprend dans ces conditions que la pratique, plus préoccupée d'évidences immédiates que de raisonnements rigoureux, surtout quand le raisonnement conduit à une hésitation légitime, ait jugé la capacité apparentée plus étroitement à l'état des personnes qu'à la théorie du consentement. Et en cela elle ne faisait, comme nous l'avons montré (1), que suivre une tradition de l'ancien droit.

Nous avons pris dans ce chapitre le mot « forme »

(1) Ci-dessus, p. 160.

dans un sens plus étroit que celui dans lequel il est employé ordinairement : nous avons fait abstraction des formes habilitantes auxquelles s'applique la loi nationale, des formes de procédure, auxquelles s'applique la *lex fori*, et des formes de publicité auxquelles s'applique la *lex rei sitæ*, si la publicité est relative à un immeuble : nous avons entendu par « formes » les formes solennelles ou probatoires régies par la *lex loci actus*. Bien qu'il soit étranger à notre sujet de traiter le problème si complexe de la notion de forme, il est permis de remarquer que notre point de vue est moins spécial qu'il ne le paraît tout d'abord, car la *lex loci actus* n'est pas une solution particulière convenant à certaines catégories de formes, mais la loi applicable normalement, et comme naturellement, à l'acte juridique en tant qu'il s'exteriorise par une forme. Cette compétence de la *lex loci actus* est si naturelle, et si utile pratiquement, qu'elle est une des règles les plus anciennes de solution des conflits de lois. Et la *lex rei sitæ*, la *lex fori* ne s'appliquent aux questions de forme que *ratione loci*, pourrait-on dire : les formes de publicité sont soumises à la loi du lieu où on publie, les formes de procédure à celles du lieu où on plaide, pour des raisons qui peuvent être plus profondes, plus lointaines que celles qui justifient la règle *locus regit actum*, mais ces raisons (indépendance des souverainetés,



organisation administrative, ordre public, sécurité des transactions...) englobent en réalité et renforcent le fait que la formalité (de procédure ou de publicité) est faite en un certain lieu, et qu'on applique la loi de ce lieu. L'idée paraît différente parce qu'on fait abstraction de l'acte sur lequel on plaide ou qu'on publie, acte qui peut en effet avoir été passé dans un autre pays ; mais l'acte même de plaider, ou l'acte de publier, sont soumis à la loi du lieu où ils se font, pour des raisons sans doute plus fortes et plus nombreuses que celles qui justifient l'application de la *lex loci actus* à un contrat, mais qui partent tout de même du fait que l'acte a été accompli en un certain lieu.

Quant aux formes habilitantes elles sont soumises à la loi nationale. Ceci ne veut pas dire qu'il s'agit là d'une notion complètement différente de celle à laquelle s'applique la *lex loci actus*. Nous verrons dans le chapitre suivant que la jurisprudence a estimé que ces formes, visant essentiellement à la protection d'un incapable, étaient difficilement dissociables du statut personnel. Et comme il s'agit toujours à propos de formes habilitantes d'incapacités générales (nous le montrerons au chapitre IV), on n'a pas hésité à faire prévaloir la loi personnelle (1). Mais

(1) Sous le bénéfice de la classique, mais délicate distinction des *decisoria* et *ordinatoria litis*, les premières étant seules

l'idée de protection du consentement se trouve aussi dans certaines des formes soumises à la *lex loci actus*: le sujet de ce chapitre en est la preuve, et c'est le cas de presque toutes les formes solennelles. Et ceci s'explique : une forme ne peut pas être un but en soi, la notion même de forme implique que toute forme n'est qu'un moyen en vue d'un but qui peut être la protection du consentement, la preuve, la publicité, la clarté des actes, etc... : mais tant qu'on fait abstraction de ces buts pour ne considérer que le moyen, c'est la *lex loci actus* qui lui est naturellement applicable.

### SECTION III

#### La loi présomptivement choisie par les parties.

La loi applicable au fond de l'acte juridique, c'est-à-dire la loi présomptivement choisie par les parties,

régiées par la loi nationale, et les secondes étant laissées à la *lex fori*. Si les formalités imposées par la loi nationale ne peuvent se réaliser au moyen des institutions françaises, il est certain que les juges les remplaceront par les formalités de la loi française. On peut présumer qu'il y a là une porte ouverte à l'application de la loi française : il ne semble pas y avoir eu jusqu'ici d'espèces où les tribunaux en aient profité. V. par ex. : Marseille, 8 août 1888, *Cl.* 1890.943 ; Civ., 13 juin 1893, S. 1897.1.508 ; Pau, 9 juillet 1907, S. 1909.2.117 ; Tunis, 2 juin 1909, *Revue de droit international privé*, 1910.803 ; Mulhouse, 3 août 1923, *Revue de droit international privé*, 1924.431 ; Colmar, 22 mars 1927, *D. H.* 1927.325, *Cl.* 1928.149 (conflit entre la loi française et la loi locale).

constitue le dernier moyen par lequel on ait essayé de soustraire à la loi nationale des questions de capacité spéciale. On conçoit très bien le passage de la loi nationale à cette loi puisqu'il y a dans un acte juridique des questions « frontières » entre le domaine des règles relatives au fond de l'acte et celui des règles relatives au sujet du droit que l'acte fait naître. Nous en avons déjà rencontré à propos des questions de consentement : nous avons vu (1) que les règles relatives à la validité du consentement sont soumises par certains auteurs à la loi nationale de celui qui exprime ce consentement, mais que la jurisprudence classe ces règles parmi celles du fond de l'acte, et leur applique donc le statut de l'autonomie de la volonté. C'est un premier exemple.

On sait la faveur acquise dans la jurisprudence par cette idée de l'autonomie de la volonté. Nous l'avons déjà vue percer dans des matières où elle n'arrivait qu'à titre subsidiaire : en premier lieu dans l'arrêt *Hervas*, où pour éviter d'appliquer l'incapacité veléienne de la loi espagnole à une Espagnole ayant constitué hypothèque au profit de son mari sur un de ses immeubles situé en France, on invoqua, entre autres arguments, le fait que l'acte constitutif d'hypothèque ayant été passé en France, la loi française

(1) Ci-dessus, p. 170.

s'appliquait à l'ensemble de l'opération (1) : bel exemple d'extension de la loi applicable au fond du contrat à une question de capacité.

La même extension se retrouve dans une autre décision que nous avons déjà rencontrée, l'arrêt de la Cour d'Alger du 2 mai 1898 dans l'affaire Bussutil contre Casa Angelin (2). On se rappelle qu'il s'agissait de savoir si la femme Bussutil avait pu valablement révoquer la donation par elle faite à son époux malgré les dispositions de la loi anglo-maltese, loi nationale des époux, qui ignore la révocabilité des donations entre époux. La Cour, désireuse, nous l'avons montré, d'appliquer la loi française, a invoqué la loi présomptivement choisie par les parties : « Attendu, en effet, que la donation entre époux constitue une transmission de biens contractuelle, régie par la volonté des parties, et soumise à la législation du pays où ce contrat doit recevoir son exécution... » : cette présomption, assez arbitraire peut-être, que la loi choisie par les parties est celle du lieu d'exécution du contrat, permettait d'invoquer concurremment, nous l'avons vu, la *lex rei sitæ*, puisque cette *lex rei sitæ* était la loi française.

Il y a même un arrêt qui a uniquement visé la loi applicable au fond de l'acte pour étendre la loi fran-

(1) Ci-dessus, p. 115.

(2) Ci-dessus, p. 134.

çaise à une donation entre époux. C'est un arrêt de la Cour de Paris dans une affaire Diggelmann (1). La Cour a appliqué la loi française à une donation intervenue entre époux suisses, « considérant que cet acte a été passé en France devant M<sup>e</sup> Terade, notaire à Sannois, le 5 février 1879, qu'il a été dressé suivant les dispositions du Code civil français, que la donation faite entre époux au cours du mariage est valable et réglée par les prescriptions spéciales de la loi ». Nous n'avions pas signalé cette décision en faisant l'historique des solutions adoptées en matière de donations entre époux, parce qu'elle sort complètement, comme on le voit, du cadre généralement admis.

En dehors de ces matières, que nous avons déjà rencontrées, la loi présomptivement choisie par les parties s'est appliquée à des questions de capacité spéciale dans les hypothèses suivantes.

En premier lieu, en matière de testament. Une dame Schwilk, de nationalité allemande, était décédée en Algérie, instituant son mari légataire universel.

La mère de la *de cujus*, qui ne bénéficiait d'après la loi wurtembergeoise d'aucune réserve, invoqua celle qu'établit au profit des ascendants l'article 914

(1) Paris, 29 juin 1888, *Cl.* 1890.323.



du Code civil français. La Cour d'Alger (1), infirmant le jugement du Tribunal de Mostaganem, accueille sa demande, motif pris de ce « qu'à la vérité la dame Schwilk laissait un testament qui instituait son mari légataire universel, mais qu'elle était réputée avoir subordonné ce testament aux restrictions que la loi française apportait à sa capacité de disposer ».

Cette décision peut être équitable en fait, mais ses motifs prêtent à des critiques sérieuses. Qu'on considère le testament comme un acte juridique pour lui appliquer la loi personnelle en ce qui concerne la capacité du testateur, la loi locale en ce qui concerne la forme, c'est parfait ; qu'on applique la loi présomptivement choisie par le testateur à l'interprétation des termes du testament, c'est encore admissible, mais le reste, c'est-à-dire les dispositions mêmes du testament, ne peut être régi que par la ou les lois applicables à la succession.

En effet, les règles de solution des conflits de lois en matière de succession ne font pas de différence entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire. Or, d'après une jurisprudence française très ancienne (2), les règles sur la réserve et le disponible font partie intégrante du système successoral

(1) Alger, 20 février 1875, *Cl.* 1875.275.

(2) Req., 19 avril 1841, *D. P.* 1841.1.216, *S.* 1841.1.583.

et non de la capacité : quand un immeuble français entre dans la succession d'un étranger, la quotité disponible sur cet immeuble est toujours déterminée par la loi française, loi successorale, et non par la loi personnelle du *de cuius*. L'arrêt classe ces règles dans la capacité, ce qui est contraire à cette jurisprudence, mais peut se défendre : seulement cette capacité a pu être soumise de par la volonté de la testatrice à la loi française : voilà qui est indéfendable. En admettant même le domaine le plus large pour l'autonomie de la volonté en droit international privé, c'est-à-dire en l'étendant à des matières impératives, comme le fait la jurisprudence par exemple pour les vices du consentement, il reste tout de même un triple domaine où la compétence de trois autres lois n'a jamais été discutée : c'est l'état et la capacité pour la loi personnelle, le régime des biens pour la loi de la situation, et la forme des actes pour la loi du lieu de leur passation (compte tenu du caractère éventuellement facultatif de la règle *locus regit actum*). Du moment qu'on qualifie un problème « question de capacité », la loi nationale s'applique impérativement. A plus forte raison, la solution de la Cour d'Alger paraîtra-t-elle critiquable à ceux qui soustraient toutes les matières impératives à l'autonomie de la volonté (1).

(1) V. Pillet et Niboyet, *Manuel*, 1<sup>re</sup> éd., p. 583, n° 507 et suiv.

La loi du contrat a aussi été appliquée par la Cour de cassation à une incapacité spéciale dans l'espèce suivante : un Allemand, d'origine hambourgeoise, le sieur Frédéric Meyer, avait fait une promesse d'égalité à son fils Gustave Meyer, lors du mariage de celui-ci, promesse insérée dans le contrat de mariage passé devant un notaire de Bordeaux. Puis Frédéric Meyer mourut, laissant un testament dans lequel il réduisait à la réserve de la loi hambourgeoise, c'est-à-dire un sixième, la part de sa petite fille, la dame Chantecaille, venant à sa succession par représentation de son père Gustave Meyer, prédécédé. Cette dernière attaqua le testament comme violant la promesse d'égalité faite à son père par le *de cujus*, promesse dont elle bénéficiait aussi bien en vertu des principes de la représentation que de l'article 1082 du Code civil, d'après lequel les donations faites par contrat de mariage sont présumées, en cas de survie du donateur, faites au profit des enfants à naître du mariage. La cohéritière de la dame Chantecaille, sa tante la dame Becker, fille du *de cujus*, répondit en soutenant que la promesse d'égalité étant nulle d'après la loi hambourgeoise, le *de cujus* n'avait pas à la respecter dans son testament. Il s'agissait donc de savoir si on devait appliquer à la promesse d'égalité la loi hambourgeoise ou la loi française.

Le Tribunal civil, puis la Cour de Bordeaux (1) appliquèrent la loi française, et la Chambre des requêtes (2), par l'arrêt précité, rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de Bordeaux. Cette solution s'explique parfaitement en fait. Pour que des magistrats sanctionnent le manquement à la parole donnée, il faut qu'ils s'y trouvent forcés par une nullité d'ordre public à laquelle ils ne puissent échapper, ou dont ils comprennent et approuvent la raison d'être. Dans le cas présent pourquoi la loi hambourgeoise interdisait-elle les promesses d'égalité ? On connaît la doctrine de notre jurisprudence sur la preuve de la loi étrangère : il n'appartient pas au juge de la chercher lui-même ; c'est donc l'interprétation de la loi étrangère fournie par les parties qui doit convaincre le juge du bien fondé de la nullité édictée par cette loi. Sans doute on doit appliquer la loi étrangère pour des raisons de droit, abstraction faite de son contenu (sauf la théorie de l'ordre public), mais chacun sait qu'un juge regardera toujours, avant de choisir la loi applicable, les conséquences de son choix. Or dans notre hypothèse ces conséquences étaient claires : la dame Chantecaille était française comme

(1) Trib. Bordeaux, 11 février 1880 et C. Bordeaux, 18 janvier 1881, *Cl.* 1881.431.

(2) Req., 20 février 1882, *Cl.* 1882.90, D. P. 1882.1.119, S. 1882.1.145.

née en France d'un père qui y était lui-même né, et elle avait épousé un Français : la dame Becker au contraire était née et demeurée allemande. Annuler la promesse d'égalité en vertu de la loi hambourgeoise, c'était donc sanctionner le manquement à la parole donnée et favoriser les préférences d'un père pour sa descendance allemande au détriment de sa descendance française : la solution ne pouvait faire doute.

Restait à la fonder en droit. Au nom de quel principe soumettre la promesse d'égalité à la loi française ? La *lex rei sitæ* n'est invoquée dans aucune des trois décisions rendues dans l'affaire. Nous pouvons en conclure avec certitude que la succession ne comprenait aucun immeuble français, car on sait la facilité avec laquelle l'article 3, alinéa 2 du Code civil est invoqué en ce cas ! On aurait pu songer à s'appuyer sur la *lex loci actus* puisque l'acte avait été passé devant un notaire de Bordeaux. De fait, c'est cette circonstance que la promesse avait été faite à Bordeaux qui fut seule invoquée, mais sans aucune allusion à la règle *locus regit actum* : or, il aurait au moins fallu quelques explications pour justifier le rattachement aux règles de forme de la capacité de faire une promesse d'égalité. Le raisonnement des trois juridictions fut donc le même : les parties, contractant en France, étaient présumées de ce fait avoir voulu s'en remettre à la loi française.



Doit-on approuver cette solution ? Quand la loi allemande prohibe les promesses d'égalité, elle peut avoir deux motifs : protéger la liberté des testateurs, comme quand nous prohibons les pactes sur succession future, ou encore sauvegarder une certaine conception du droit familial, dans laquelle l'égalité entre les héritiers paraît peu désirable. L'un et l'autre de ces deux motifs nous ramènent aux deux idées caractéristiques des règles de capacité : protection du consentement, conséquence de l'état des personnes. Or, la compétence de la loi nationale en ces matières reste impérative, tant qu'on n'a pas trouvé une raison précise de l'écarter. La Chambre des requêtes s'est contentée d'affirmer qu'il ne s'agissait pas de capacité. C'est ce qu'il aurait fallu démontrer.

Il y a enfin un jugement du Tribunal de la Seine du 9 mars 1895 (1) qui a fait une application assez singulière du principe de l'autonomie de la volonté. Un Américain était décédé en l'état d'un testament contenant une substitution prohibée par la loi française, mais permise par la loi américaine qui régissait son statut personnel. La substitution fut annulée par application de la loi française à laquelle le testateur était réputé s'être référé. Il n'est pas peu comique de lire au début des motifs du jugement que « la théo-

(1) *Cl.* 1895.628.

rie du statut personnel en matière de testament a pour base l'interprétation de la volonté du testateur », pour découvrir dans le dispositif que la substitution voulue par ledit testateur est déclarée nulle. On peut discuter la question de savoir si les substitutions ne doivent pas être régies par la loi de la succession plutôt que par la loi nationale ; elles se rattachent évidemment à une certaine conception de la famille dont découle l'interdiction qui se rattache ainsi à l'état des personnes, mais on peut aussi rattacher le droit des substitutions aux idées de crédit public, de circulation des biens, de préoccupations politiques... Quoi qu'il en soit, nous n'avons cité cette décision que pour montrer jusqu'où peut conduire l'application de l'autonomie de la volonté à une matière touchant à la capacité des personnes.

Il est à remarquer que dans une autre espèce le Tribunal de la Seine (1) n'a pas hésité à déclarer la substitution soumise à la loi nationale : mais cette fois il s'agissait d'un Français ayant testé en Angleterre !

En somme l'autonomie de la volonté n'a pas été très employée, et les rares exemples cités ne se rattachent pas tous nettement à l'idée de capacité. Il semble avoir été difficile de trouver aux incapa-

(1) Seine, 8 avril 1875, *Cl.* 1876.106.

cités spéciales des qualifications les faisant passer dans le domaine de l'autonomie de la volonté ; les décisions citées ne se justifient guère en droit, et s'expliquent toutes, comme on a pu le remarquer, par des circonstances de fait ; il n'y a pas là l'utilisation d'un procédé commun et légitime, donc susceptible de se généraliser.

On peut s'expliquer qu'on trouve cependant des exemples : c'est que la loi présomptivement choisie par les parties a une faveur incontestable auprès des magistrats : elle leur permet les solutions les mieux adaptées aux circonstances de fait, et — qui mieux est — elle leur laisse aussi la liberté la plus grande d'appliquer la solution la plus commode toutes les fois que les circonstances de fait ne créent pas une présomption évidente. Or en droit international privé la solution commode est d'appliquer la loi française. Et on sait le champ énorme ouvert à ce procédé par la soumission à l'autonomie de la volonté des régimes matrimoniaux. La question sort complètement de notre cadre, mais elle est absolument du même genre : les régimes matrimoniaux font partie du statut personnel aux yeux de nombreux auteurs, et les soumettre au statut de l'autonomie de la volonté est une possibilité évidente d'écarter la loi étrangère ; une étude de la question à ce point de vue donnerait sans doute des résultats intéressants.

Il y a tout de même une question de capacité qui se pose à propos des régimes matrimoniaux, c'est la capacité de faire un contrat de mariage, mais nous n'avons trouvé là-dessus aucune décision, et ce travail étudie, non un problème en soi, mais une direction de la jurisprudence.

Deux autres questions pourraient être regardées comme se rattachant à la capacité, c'est celles de la liberté et de l'immutabilité des conventions matrimoniales. De fait la jurisprudence leur applique parfois la loi nationale comme loi personnelle des époux (1), mais il y a des décisions aussi nombreuses qui leur appliquent la loi du régime, c'est-à-dire la loi présomptivement choisie par les parties, ce qui est évidemment plus commode quand les époux étaient avant leur mariage de nationalités différentes (2). Nous ne nous arrêterons pas à discuter le problème, car il ne se rattache pas naturellement à la capacité : si les tribunaux ont appliqué la loi nationale à ces deux points de la liberté et de l'immutabilité des conventions matrimoniales, c'est qu'il n'était pas possible de régler les régimes matrimo-

(1) Seine, 17 avril 1885, *Cl.* 1885.76 ; Seine, 21 mars 1907, *Cl.* 1907.1124 ; Seine, 21 juin 1910, *Cl.* 1912.867.

(2) Seine, 30 juillet 1912, *Cl.* 1913.593 ; Strasbourg, 27 mars 1925, *Revue de droit international privé*, 1925.557 ; Seine, 16 mars 1899, *Cl.* 1899.744 ; Paris, 10 décembre 1901, *Cl.* 1902.314.

niaux sans jamais faire appel à aucune loi impérative : mais ces deux points font partie du droit des régimes matrimoniaux, bien plus que de la capacité : les idées de protection du consentement et de conséquence de l'état des personnes ne s'y retrouvent pas avec certitude, tandis que les motifs d'ordre public ou même d'intérêt des tiers y occupent une place primordiale : du reste les tribunaux en leur appliquant la loi nationale les rattachent au statut personnel en général plutôt qu'à la capacité. Et c'est aussi l'opinion de M. Bartin (1).

(1) Note au D. P. 1898.2.457.



## CHAPITRE III

### MAINTIEN DE LA LOI NATIONALE EN MATIÈRE DE CAPACITÉ GÉNÉRALE DEVANT LES QUALIFICATIONS QUI L'ÉCARTENT EN MATIÈRE DE CAPACITÉ SPÉCIALE.

La contre-épreuve du système que nous croyons voir se dégager de la jurisprudence est que la loi nationale restera applicable en matière de capacité générale, même quand il s'agira d'un immeuble situé en France, ou d'une question susceptible d'être réglée par la loi française prise comme *lex loci actus*, ou comme loi présomptivement choisie par les parties. Nous allons examiner successivement les trois qualifications.

#### SECTION I

##### « *Lex rei sitæ* ».

Nous trouvons, quant à la *lex rei sitæ*, deux groupes de décisions, relatives les unes aux mineurs, et les autres à la femme mariée.

Les décisions relatives aux mineurs ont trait à deux points : 1° quelle est la loi applicable à la vente d'un immeuble situé en France et appartenant à un

mineur étranger ? 2° quelle est la loi applicable à un compromis ou à une transaction passés sur un immeuble sis en France et appartenant à un mineur étranger ? La question est simple : va-t-on appliquer la loi française comme *lex rei sitæ*, ou la loi nationale du mineur comme étant seule compétente pour organiser sa protection ?

Le premier point, la loi applicable à la vente de biens de mineurs, a fait l'objet d'un important arrêt de la Cour de Pau (1) dans l'affaire Retorbillo, qui a appliqué la loi nationale du mineur. Cet arrêt est d'autant plus remarquable que toutes sortes de circonstances auraient pu conduire les juges à appliquer la *lex rei sitæ*. Il s'agissait de deux mineures espagnoles cousines germaines l'une de l'autre qui avaient respectivement pour représentants légaux un père et une mère, l'un veuf et l'autre veuve ; ce veuf et cette veuve représentaient leurs enfants dans la succession de leur grand-père commun, succession à laquelle ils venaient par suite du décès de leurs parents respectifs, descendants au premier degré du *de cujus*. Le Tribunal de Madrid avait autorisé, conformément à la loi espagnole, les représentants des mineures à vendre à *l'amiable* l'immeuble successoral situé en France. Voilà déjà qui était

(1) Pau, 9 juillet 1907, D. P. 1908.2.68, S. 1909.2.117, Cl. 1908.183.

bien fait pour heurter les habitudes de nos magistrats, accoutumés au surcroît de précautions dont le Code civil entoure les ventes de biens de mineurs. Mais — qui plus est — cette vente amiable était faite par ce veuf et par cette veuve en concours avec des cohéritiers majeurs ! Quiconque connaît l'esprit de notre législation sait les craintes que lui inspire pour l'intérêt des mineurs ce concours entre majeurs et mineurs, et les obligations qu'elle impose dans ce cas. Or ces obligations sont d'autant plus scrupuleusement exécutées qu'elles constituent une part appréciable des revenus des avoués et des notaires. L'avoué qui, dans notre affaire, a conclu à l'application de la loi française a dû le faire avec d'autant plus de conviction que c'était non seulement l'intérêt de son client, mais encore le sien et celui de sa corporation qu'il défendait.

Or juridiquement il était infiniment facile d'appliquer la loi française : il suffisait d'invoquer l'article 3, alinéa 2. Nous l'avons vu invoqué en des matières bien plus étrangères au régime des biens que celle-ci. Et même pour des magistrats repoussant l'interprétation extensive de l'article 3, alinéa 2, partisans de l'interprétation restrictive en faveur dans la doctrine, il était possible de l'appliquer à la cause : en effet la doctrine la plus restrictive admet que les *ordinatores litis*, dans lesquels il est très admissible de ranger

les formes de vente de biens de mineurs, sont régis exclusivement par la *lex fori* : or ici la *lex fori* et la *lex rei sitæ* se confondaient, comme cela arrive neuf fois sur dix, dans les litiges immobiliers : la confusion de la *lex fori* et de la *lex rei sitæ* est si naturelle que l'article 3, alinéa 2 sert de justification à la compétence générale des tribunaux français pour les litiges relatifs aux immeubles sis en France. Sans doute la réglementation de la vente a pour but la protection du mineur, mais nous avons vu le cas que la jurisprudence fait du but du législateur quand l'objet immédiat de la loi paraît primordial (1).

Il était si tentant de qualifier «statut réel» l'ensemble des règles en question que le Tribunal de Bayonne avait tout simplement adopté cette qualification. Et il faut reconnaître que l'interprétation extensive de l'article 3, alinéa 2 conduisait plutôt à ce résultat celui qui n'avait pas fait la longue analyse exposée ici. La Cour de Pau n'a du reste pas discuté de près la solution du tribunal, elle s'est contentée d'affirmer « que les dispositions légales qui régissent la puissance paternelle et la tutelle ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des personnes et leur capacité, d'assurer la protection des mineurs ; qu'elles relèvent dès lors du statut personnel et ne perdent

(1) Ci-dessus, p. 164.

point ce caractère alors qu'elles influent indirectement sur la transmission des biens » : on reconnaît franchement que deux qualifications sont possibles, et on choisit sans s'expliquer.

Cette décision, que nous avons citée tout de suite, en raison de son caractère particulièrement affirmatif, n'était du reste pas la première. Déjà en 1888 le Tribunal de Marseille (1) avait jugé que la forme de vente des biens de mineurs était régie par la loi nationale des mineurs. Ce jugement est moins frappant que l'arrêt précité parce que la nullité prononcée par application de la loi italienne l'aurait été également par application de la loi française. Néanmoins le tribunal a dit expressément dans ses motifs qu'il applique la loi italienne parce que c'est une question de capacité.

La même qualification a été adoptée par une décision alsacienne à propos d'un immeuble sis en Alsace et appartenant à un mineur de l'ancienne France. Cette décision est moins significative puisque la loi personnelle était la loi française ; elle n'en constitue pas moins une nouvelle application de la loi personnelle à la matière (2).

Le second point sur lequel la jurisprudence a ap-

(1) Marseille, 3 août 1888, *Cl.* 1890.943.

(2) Mulhouse, 3 août 1923, *Revue de droit international privé*, 1924.431.



pliqué la loi étrangère, bien qu'il s'agît d'un immeuble situé en France, est le compromis passé sur un immeuble français appartenant à un mineur étranger.

La première décision que nous rencontrons est un jugement du Tribunal de la Seine du 31 juillet 1894 (1), rendu dans la célèbre affaire de la succession de la reine Marie-Christine. Les héritiers de la reine Marie-Christine, n'arrivant pas à s'entendre sur le règlement de la succession à laquelle ils venaient, avaient remis à des arbitres, espagnols comme eux, le soin de les départager. Ce compromis était valable aux yeux de la loi espagnole. Mais il y avait dans la succession des immeubles situés en France, et, parmi les héritiers, des mineurs. Etant donnée la présence des mineurs, que valait le compromis quant aux immeubles sis en France ?

Il était certainement nul aux yeux de la loi française, d'après une solution classique tirée de la combinaison des articles 1004 et 83-6° du Code de procédure civile, le premier de ces deux textes interdisant de compromettre sur les causes sujettes à communication au Ministère public, et le second rangeant parmi ces causes celles qui intéressent les mineurs. Mais puisqu'il s'agissait d'un mineur espa-

(1) *Cl.* 1895.1079.

gnol et d'une question de capacité, quel titre aurait eu la loi française à s'appliquer? Un double titre, répondrons-nous : d'abord en raison de l'interprétation classique de l'article 3, alinéa 2, que nous avons vue aller au moins aussi loin ; ensuite, en raison de l'application spéciale de ce texte aux successions immobilières. Or ici il s'agissait bien du partage d'une succession immobilière. On voit que le demandeur en nullité du compromis n'avait que le choix entre les arguments.

Néanmoins le tribunal a adopté la qualification « capacité » et a appliqué la loi espagnole. Cette décision est aussi caractéristique que l'arrêt *Retortillo* de la force de la loi nationale dès qu'il s'agit de capacité générale, même en présence de la *lex rei sitæ*, que nous avons vu appliquer à tout propos dans le chapitre précédent.

Nous devons reconnaître qu'un jugement du Tribunal civil de Blois (1) a, par la suite, appliqué la loi française à la cession de droits successifs appartenant à des mineurs étrangers sur un immeuble français. Mais un arrêt récent de la Cour de Colmar (2) a décidé que les dispositions de l'article 467 du Code civil concernant les transactions passées au

(1) Blois, 30 avril 1925, D. P. 1926. 2.25, et la note en sens contraire de M. Basdevant.

(2) Colmar, 22 mars 1927, D. H. 1927.325, Cl. 1928.149.

nom des mineurs étaient applicables aux mineurs de l'ancienne France en Alsace, comme règle de statut personnel.

L'application exclusive de la loi nationale en ce qui concerne les mineurs s'est aussi fait jour, mais d'une manière moins significative, dans l'hypothèse suivante. La loi italienne, à la différence de la loi française, n'ouvre pas de tutelle à la mort du premier des deux parents : le conjoint survivant à la puissance paternelle pure et simple. Or, une jurisprudence bien établie (1) décide qu'on peut organiser la tutelle de mineurs étrangers suivant la loi française, au moins d'une manière provisoire, si les intérêts des mineurs exigent une protection immédiate que n'assurerait pas l'établissement de l'organisation prévue par la loi étrangère, organisation ne pouvant être réalisée qu'à l'étranger et dans des délais forcément assez longs. S'appuyant sur cette jurisprudence, on avait inscrit au nom de mineurs italiens l'hypothèque légale de l'article 2121 du Code civil sur les immeubles du conjoint survivant, pris en qualité de tuteur. Celui-ci en demanda la mainlevée par application de la loi italienne, loi compétente pour organiser la protection des mineurs italiens.

(1) Req., 10 novembre 1896, D. P. 1897.1.313, S. 1900.1.516 ; Civ., 19 novembre 1923, *Revue de droit international privé*, 1924, p. 136 ; 7 mai 1928, S. 1928.1.238.

Par deux fois (1) les tribunaux accordèrent la mainlevée, considérant la loi italienne comme seule applicable.

L'intérêt de ces décisions est relatif, car il était tout de même difficile d'admettre une hypothèque sur les biens de quelqu'un qui n'était pas tuteur. Il est vrai que l'article 3 a bien fait admettre la validité en France d'une institution contractuelle nulle *ab initio* en Espagne (2). Mais d'autre part, si le conjoint survivant avait été tuteur d'après la loi étrangère, il n'est pas sûr que l'hypothèque eût été admise tout de même, car on connaît la jurisprudence qui applique non seulement à la femme mariée, mais même au mineur l'idée que l'hypothèque légale est une institution de droit civil dont ne jouissent pas les étrangers en France (3). Nous avons donc signalé ces deux décisions seulement à titre indicatif.

Tout à fait décisifs, au contraire, sont les jugements que nous avons annoncés à propos de la femme mariée. Il y en a deux, rendus respectivement par la deuxième et la septième chambres du Tribunal civil de la Seine, le même jour, 5 avril 1925 (4), à propos

(1) Bordeaux, 23 juillet 1897, D. P. 1901.2.265, S. 1900.2.89, *Cl.* 1897.1028 ; Marseille, 3 août 1888, *Cl.* 1890.943.

(2) *Ci dessus*, p. 121.

(3) Nancy, 22 juillet 1896, *Cl.* 1897.1025.

(4) Seine, 2<sup>e</sup> Ch., 5 avril 1895, *Cl.* 1895.607 ; Seine, 7<sup>e</sup> Ch., 5 avril 1895, *Cl.* 1895.602.

de la même personne, la dame Fiocca, mais dans deux affaires différentes, évidemment.

La dame Chaveroudier, de nationalité française, était devenue italienne par son mariage avec le sieur Fiocca, de nationalité italienne. Puis les deux époux avaient demandé au Tribunal de la Seine la séparation de corps, qui leur avait été accordée conformément à la loi italienne. Postérieurement, la dame Fiocca obtint une naturalisation dans le royaume de Saxe, où la séparation de corps a les mêmes effets que le divorce : elle put ainsi, dégagée des liens du mariage aux yeux de la loi saxonne, épouser un sieur Laurent à Londres. Dans ces conditions, elle assigna Fiocca devant le Tribunal de la Seine pour voir prononcer la mainlevée d'une inscription d'hypothèque qu'il avait prise sur un immeuble de sa femme sis à Paris. Le fond du litige ne nous intéresse pas, la question intéressante pour nous, et qui fut seule jugée, était la recevabilité de la demande. En effet, le Tribunal de la Seine, pour des raisons que nous n'avons pas à discuter ici, considéra la naturalisation obtenue par la dame Fiocca comme frauduleuse à l'égard de la loi italienne : la dame Fiocca était donc restée italienne, soumise, par conséquent à la loi italienne pour son statut personnel, c'est-à-dire séparée de corps, non divorcée, du sieur Fiocca. Or l'Italienne séparée de corps ne peut agir en justice



qu'autorisée par son mari ou par la Chambre du conseil du Tribunal au cas d'opposition du mari. Au contraire le droit français, depuis la loi du 6 février 1893, rend à la femme séparée de corps sa pleine capacité. Or, la dame Fiocca agissait avec l'autorisation de Laurent qui ne lui était rien aux yeux de la loi française, et sans celle de Fiocca qui lui était nécessaire d'après la loi italienne. Mais la loi italienne était-elle applicable ? On voit l'intérêt de la question : si c'était la loi française qui était applicable, l'action était recevable puisque en droit français, depuis 1893, la femme séparée de corps agit sans autorisation.

Mais, dira-t-on, quelle raison aurait-on eue d'appliquer la loi française ? La même, répondrons-nous, qui a fait décider qu'un Italien peut donner un immeuble à sa femme parce que cet immeuble est sis en France alors que la loi italienne le lui interdit. De même ici il s'agissait d'un immeuble sis en France, la loi italienne interdisait l'action, la loi française la permettait. Seulement cette fois il s'agissait, non plus d'une capacité spéciale, mais de la capacité générale de la femme mariée : on n'a pas cru pouvoir écarter la loi italienne et l'action a été déclarée irrecevable.

Le jour même où la 7<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de la Seine rendait ce jugement, la 2<sup>e</sup> Chambre du même

tribunal en rendait un absolument analogue en ce qui concerne notre question. En même temps qu'il était assigné par sa femme devant la 7<sup>e</sup> Chambre, Fiocca l'assignait lui-même devant la 2<sup>e</sup> Chambre pour voir prononcer la nullité d'une vente qu'elle avait faite d'un immeuble sis à Paris, lui appartenant à elle, sans l'autorisation de son mari. Les époux Bouthilier-Chavigny, acquéreurs de l'immeuble, étaient également assignés. La question, on le voit, était exactement la même que dans l'espèce précédente, au point de vue qui nous intéresse. Si on appliquait la loi française, comme *lex rei sitæ*, la dame Fiocca, séparée de corps, avait eu la capacité nécessaire pour aliéner l'immeuble ; si on appliquait la loi italienne, comme régissant son statut personnel, elle était incapable, faute d'autorisation maritale.

Le tribunal jugea « que l'objet direct et principal en litige est et demeure la validité de cette vente qui porte sur un immeuble sis en France, que ce litige est donc, aux termes de l'article 3 du Code civil, de la compétence des tribunaux français et doit être résolu par la loi française, quelle que soit la nationalité des parties, mais que leur capacité demeure néanmoins régie par leur statut personnel ». Voilà la distinction que nous ne trouvions pas en matière de capacité spéciale ! « Que Fiocca, dans ses rapports avec la

dame Chaveroudier, est donc en droit de se prévaloir de l'incapacité dont elle est frappée aux termes des articles 134, 135, 136 du Code civil italien ». La doctrine est d'une limpidité parfaite.

Mais le résultat n'est pas celui qu'on attendait : la vente est déclarée valable. Et pour une raison tout à fait nouvelle : Fiocca, par son indifférence à l'égard de sa femme, et celle-ci, par son activité, ont créé un « état apparent » de femme divorcée dont il serait injuste que les acquéreurs français fussent les victimes. On reconnaît dans ce raisonnement la célèbre argumentation de la jurisprudence dite de l'« intérêt national ». Nous nous trouvons en présence d'un des points qui doivent être étudiés dans la troisième partie de ce travail (1) et ce jugement montre clairement le lien qui unit cette troisième partie à la seconde : la loi nationale est ouvertement reconnue applicable en principe, mais n'y a-t-il pas tout de même des moyens d'en écarter les conséquences ? Or le seul point qui nous intéresse pour le moment est que la loi française a paru éminemment désirable, mais qu'on n'a pas invoqué l'article 3, alinéa 2 pour l'appliquer : on a eu recours à un argument d'un ordre tout différent, car il a semblé impossible de qualifier « question immobilière » un problème de

(1) Ci-dessous, p. 233 et suiv.

capacité intéressant une femme mariée : c'est ce que nous voulions établir.

Nous avons ainsi terminé la revue des décisions relatives au conflit de l'article 3, alinéa 2 et de l'article 3, alinéa 3, tant en matière de capacités spéciales qu'en matière de capacité générale, et nous pouvons jeter un coup d'œil en arrière.

D'Argentré disait : un statut est personnel quand il traite de la capacité générale et abstraction faite de toute matière réelle. Nous disons : la capacité rentre dans le statut personnel, s'il n'y a aucun immeuble en jeu, *ou* s'il s'agit de capacité générale. La formule est légèrement différente, mais si on réfléchit à la solution donnée instinctivement par d'Argentré contrairement à ses propres principes, dans le cas du mineur vendant un immeuble en une province où la majorité est fixée autrement que dans sa province d'origine, on se rendra compte qu'en résolvant ce conflit par l'application de la loi personnelle (1) d'Argentré donne exactement la solution qui découle de notre formule actuelle : or c'est justement le seul point sur lequel notre formule diffère de la sienne. De sorte qu'en définitive la conception que se font nos tribunaux, sans formule définie, correspond tout à fait à celle qui était dans l'esprit de

(1) Ci-dessus, p. 32.

d'Argentré, puisqu'il l'appliquait d'instinct même quand elle contredisait la formule trop simple qu'il avait cru pouvoir établir.

## SECTION II

### La « *lex loci actus* ».

Comme dans le chapitre précédent, les arrêts relatifs à la *lex loci actus* se ramènent à une même hypothèse, et qui, cette fois, est la suivante : une femme mariée étrangère agit en France, autorisée par son mari, mais sans respecter les formes d'autorisation prescrites par sa loi nationale. L'acte fait dans ces conditions est-il valable ? Oui, si la question est qualifiée « question de forme », par application de la loi française, en vertu de la règle *locus regit actum*. Non, si la question est rattachée à la capacité de la femme mariée, par application de la loi étrangère en vertu de la règle que la capacité est soumise à la loi nationale.

Or, de même que la *lex rei sitæ* a été écartée en présence d'incapacités générales, de même ici la *lex loci actus* a été écartée en présence d'une incapacité générale.

C'est ce qui a été jugé par la Cour de Chambéry (1) dans une affaire Févat contre Chappaz. La

(1) Chambéry, 9 janvier 1884, D. P. 1885.2.279.



dame Chappaz, de nationalité suisse, s'était engagée envers le sieur Févat. Mais la loi du canton du Valais, dont étaient originaires les époux Chappaz, exige pour les actes de la femme mariée l'autorisation de la « Chambre pupillaire » si les intérêts de la femme sont en opposition avec ceux du mari, ce qui était le cas. L'autorisation avait bien été demandée, mais elle avait été donnée irrégulièrement par le président de la Chambre pupillaire sans délibération régulière de la Chambre : l'acte fut déclaré nul, par application de la loi régissant la capacité de la dame Chappaz, et pourtant on aurait pu légitimement soutenir qu'il n'y avait qu'une question de forme en jeu. Or on sait, et nous le retrouverons dans la troisième partie (1), que nos tribunaux se reconnaissent le droit d'accorder aux femmes mariées étrangères l'autorisation que leurs maris ne peuvent ou ne veulent pas leur donner : mais il faut que la loi étrangère ne s'y oppose pas. Si elle s'y oppose, le tribunal ne la donne pas ; et pourtant le fait qu'ils se reconnaissent le droit d'accorder l'autorisation rendrait l'application de la *lex loci actus* bien facile.

La solution de la Cour de Chambéry a été appliquée par la Cour d'Aix (2) à une femme vaudoise.

(1) Ci-dessous, p. 275 et suiv.

(2) Aix, 4 mars 1890, *Cl.* 1891.1202.

La Cour de Paris (1) l'a reprise à propos d'une femme mariée de nationalité italienne. La dame Capella avait signé des traites en paiement de dettes de son mari. En cas d'opposition d'intérêts entre le mari et la femme, la loi italienne exige l'autorisation de justice, et la dame Capella avait simplement été autorisée par son mari. De plus la dame Capella était mineure et, quoique émancipée par le mariage, elle aurait dû, d'après la loi italienne, être autorisée par son conseil de famille pour un acte excédant la simple administration ; elle n'avait pas eu non plus cette autorisation.

Cette fois encore la règle *locus regit actum* ne fut pas invoquée et la loi nationale appliquée purement et simplement à la capacité de la dame Capella. Notons dès maintenant que le mineur émancipé a été traité comme frappé d'une incapacité générale au même titre que la femme mariée.

La même qualification a été adoptée par le Tribunal de la Seine en 1898 (2) à propos d'un compromis passé en France par une Espagnole contre les règles de forme à elle imposées par son statut personnel, et implicitement par la Cour de Paris dans une affaire Giusti contre Aubert (3). La dame Giusti, de

(1) Paris, 16 novembre 1898, D. P. 1899.2.239, *Cl.* 1899.364.

(2) Seine, 16 mars 1899, *Cl.* 1899.744.

(3) Paris, 17 décembre 1883, D. P. 1885.2.117, *Cl.* 1884.289.

nationalité italienne, avait fait au sieur Aubert un don manuel sans l'autorisation de son mari. L'acte fut déclaré valable parce que la dame Giusti avait, conformément à la loi italienne, reçu de son mari l'autorisation générale de donner, et personne ne songea à invoquer la *lex loci actus*. On se contenta d'affirmer que la forme de l'autorisation, spéciale et expresse, n'était pas d'ordre public en France.

Proposer l'application de la règle *locus regit actum* à l'autorisation dont a besoin la femme mariée pourra sembler bizarre à certains. L'idée est si peu bizarre qu'elle a été soutenue très sérieusement, et dans notre ancien droit : c'est Froland qui nous l'apprend en nous exposant la doctrine de Burgundus : il explique que Burgundus a pensé à la qualification « règle de forme » et l'a rejetée : « Cette autorisation (dans l'esprit de Burgundus) ne doit pas être considérée comme une simple forme, mais comme une chose essentielle à la femme et qui la rend habile à contracter : « *unde apparet auctoritatem mariti apud nos ad contractus acquisitam omnino ad legitimatorem atque habilitatem personæ, non ad solemnitatem actus pertinere, et consequenter necesse esse vim porrigere extra metas territorii* ». Froland ajoute : « Cette résolution me paraît conforme à nos principes » (1).

(1) *Mémoires sur les statuts*, 1<sup>re</sup> part., ch. 6, p. 150.

Et la question avait même déjà été agitée par Tiraqueau. M. Pillet (1) nous l'apprend : « C'est à propos de la règle coutumière qui défend à une femme de contracter sans le consentement de son mari que le jurisconsulte s'est demandé quelle pouvait être la portée d'une loi semblable. Sur ce point il note, le premier probablement, qu'il ne faut pas se laisser égarer par cette circonstance que le consentement du mari est une formalité et qu'en matière de formalités on suit la loi du lieu où l'acte se fait ».

Il n'est d'ailleurs pas étonnant que la question ait été posée anciennement, car elle se confond avec celle des formes habilitantes. On remarquera en effet que certains des points examinés dans ce chapitre se rattachent aux formes soumises à la *lex fori* plutôt qu'aux formes soumises à la *lex loci actus*. Nous avons parlé seulement de la *lex loci actus* pour ne pas compliquer, et parce que la *lex fori* englobe à nos yeux la notion de *lex loci actus*, tout en étant plus large, mais il est légitime de lui appliquer les raisonnements faits pour la *lex loci actus* (alors que la réciproque ne serait pas nécessairement vraie). Or ce problème des formes habilitantes s'est aussi posé pour les mineurs ; nous avons vu les arrêts à propos de la *lex rei sitæ*, parce que la loi personnelle s'est égale-

(1) *Traité*, t. I, p. 491. M. Pillet ne donne pas de référence, et nous n'avons pu retrouver le texte dans Tiraqueau.

ment trouvée en conflit avec la loi de l'immeuble ; mais en triomphant de la loi de l'immeuble, elle a également triomphé de la loi de la forme, de sorte que cette jurisprudence est doublement significative de la puissance de la loi personnelle dès qu'il s'agit d'une incapacité générale : elle élimine la loi de l'immeuble comme nous l'avons montré dans la section précédente, et la solution classique de son application aux formes habilitantes montre qu'elle élimine aussi la loi de la forme et seulement en matière d'incapacité générale, car, comme nous le montrons dans le chapitre suivant, des formes habilitantes, c'est-à-dire l'organisation d'une protection, ne se trouvent que dans les incapacités générales.

### SECTION III

#### **La loi présomptivement choisie par les parties.**

On ne s'étonnera pas que nous n'ayons ici aucune jurisprudence à citer. Nous avons montré en effet (1) que la substitution de la loi présomptivement choisie par les parties à la loi nationale était très difficile à concevoir en une matière comme la capacité. Nous en avons tout de même rencontré des exemples — et encore manquant de netteté — à propos des incapacités spéciales parce que, comme nous l'avons vu,

(1) Ci-dessus, p. 184 et suiv.



la jurisprudence, dans son désir d'appliquer la loi française, devait nécessairement se tourner des trois côtés possibles (l'objet du droit, la forme de l'acte, le fond de l'acte), et que justement l'autonomie de la volonté lui a toujours paru un principe fécond, mais les résultats obtenus ont été des plus discutables. *A fortiori* n'est-il pas possible d'indiquer en matière de capacité générale des cas où on a appliqué la loi nationale alors qu'on aurait pu appliquer la loi présomptivement choisie par les parties, puisque cette supposition ne nous vient pas à l'esprit.

Nous avons ainsi passé en revue les trois qualifications dont la jurisprudence se sert pour écarter la loi étrangère en matière de capacités spéciales, et nous avons montré que ces qualifications ne sont pas utilisées quand il s'agit d'incapacités générales : on applique alors la loi nationale. Mais nous n'avons pas encore défini ce qu'on entend par capacité générale. En fait les décisions citées dans ce chapitre avaient trait à des mineurs, à des femmes mariées, et une d'entre elles faisait allusion à un mineur émancipé. Sont-ce là les seules incapacités générales ? Evidemment non. Ces trois incapacités sont-elles toutes indiscutablement des incapacités générales ? Il faut avouer que la question est douteuse aussi bien pour la femme mariée que pour le mineur

émancipé. Il est donc indispensable, pour donner un sens à la construction esquissée, d'aborder de front le problème de la distinction entre les incapacités générales et les incapacités spéciales : ce sera l'objet du chapitre suivant.

## CHAPITRE IV

### LA DISTINCTION ENTRE LES INCAPACITÉS GÉNÉRALES ET LES INCAPACITÉS SPÉCIALES.

Cette distinction est classique en ce sens qu'elle se trouve sous la plume de tous les auteurs. Mais elle sert surtout en droit civil à caractériser certaines situations pour mieux frapper l'esprit. L'unique conséquence juridique qu'on en a tirée est la suivante : si on doute de la possibilité pour un incapable de faire un acte qui ne rentre bien dans aucune des catégories réglementées par la loi, le doute sera résolu par la négative en cas d'incapacité générale, et par l'affirmative en cas d'incapacité spéciale. La question ne se pose pas très souvent. Aussi ne s'est-on pas préoccupé outre mesure de définir rigoureusement le sens de ces deux expressions, et en déduire la répartition des incapacités entre leurs deux domaines. Et on constate un certain flottement entre les conceptions des auteurs à ce sujet.

Ce flottement s'explique du reste par une seconde raison : c'est que la manière dont le problème se pose à première vue ne permet pas d'aboutir à une solu-

tion nette. Il faut changer de point de vue pour trouver cette solution.

La première idée qui vient à l'esprit est la suivante : une incapacité générale est la privation de la jouissance ou de l'exercice de tous les droits. Une incapacité spéciale est la privation de la jouissance ou de l'exercice d'un ou de plusieurs droits limitativement déterminés.

Cette définition, qui paraît la moins compromettante en ce qu'elle semble résulter assez directement de la notion exprimée par les termes, donne en elle-même l'indice de la difficulté. « Privation d'un ou plusieurs droits »... mais si « plusieurs droits » deviennent très nombreux, ne risquera-t-on pas de s'approcher d'une incapacité générale ? Le risque est d'autant plus réel que certaines incapacités sont regardées comme générales justement parce que le législateur a procédé par voie d'énumération des droits refusés, mais que cette énumération vise des droits tellement généraux que leur absence a paru équivaloir à une incapacité complète : l'exemple classique est l'article 217 du Code civil établissant l'incapacité de la femme mariée.

Mais inversement il arrive qu'à une incapacité certainement générale, comme celle du mineur, on apporte des dérogations. Ainsi le mineur peut faire son testament dans certaines limites, reconnaître un

enfant naturel, agir en recherche de paternité au nom de son enfant : malgré ces exceptions qui ne sont pas les seules (1), le mineur reste frappé aux yeux de tout le monde d'une incapacité générale. Mais si ces exceptions se multiplient et en viennent à viser quelques droits si généraux que pratiquement le mineur paraisse agir librement dans les circonstances ordinaires, ne sera-t-on pas tenté de dire qu'il n'est plus frappé que d'incapacités spéciales ? Or, c'est précisément la question qui se pose pour le mineur émancipé : d'après les uns il est frappé d'une incapacité générale comportant quelques dérogations, d'après les autres il est frappé d'incapacités spéciales par rapport à certains actes.

Le terrain paraît décidément bien fuyant et il y a à cela une raison profonde : le problème qui se pose n'est autre que le vieux problème logique du genre et de l'espèce : or, il est établi depuis longtemps que ces deux notions sont purement relatives l'une à l'autre ; et ici, pour résoudre le problème, il faudrait qu'elles aient une valeur absolue ! En effet, quand peut-on dire qu'on vise un droit spécial dont la privation ne constitue qu'une incapacité spéciale ? Jamais, dans les seuls cas intéressants ; on ne peut l'affirmer que pour certains droits si particuliers qu'il

(1) V. Colin et Capitant, t. I, p. 437.



n'y a pas de question. Mais prenons par exemple le droit de contracter : il paraît bien général ; en effet, il est le genre dont acheter, louer, s'associer, etc., sont les espèces ; mais il est lui-même une espèce du genre « faire un acte juridique », genre dont d'autres espèces sont se marier, agir en justice, gérer l'affaire d'autrui, etc. De sorte qu'en disant : priver un individu de tel droit, c'est bien le priver d'un droit spécial, on oublie que le droit en question est bien spécial sans doute par rapport au genre dont il fait partie, mais général par rapport aux espèces qu'il englobe.

Il y a évidemment des cas où, l'incapacité étant établie d'une façon générale sans qu'on ait procédé par voie d'énumération, la conclusion ne peut faire doute. Mais ces cas sont peu nombreux : il y en a deux, celui du mineur et celui de l'interdit. L'article 450 du Code civil établit l'incapacité du mineur dans les termes suivants : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans *tous les actes civils* ». Pour l'interdit l'article 502 dit : « L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet au jour du jugement. *Tous* actes passés postérieurement par l'interdit ou sans l'assistance du conseil seront nuls de droit ». Ce texte est du reste ambigu, car il a l'air de frapper le prodigue d'une incapacité aussi absolue que celle de l'interdit, ce

qui est évidemment contraire à la règle posée par l'article 513.

Pour ces deux cas, il n'y a pas d'équivoque. Mais on connaît les formules employées pour la femme mariée (art. 217) et pour le prodigue (art. 513) : elles ne font sans doute qu'énumérer des droits dont le libre exercice est interdit, mais ces droits sont si généraux qu'on ne sait plus si on a affaire à des incapacités spéciales. Et en effet, d'après l'opinion la plus répandue, la femme mariée est frappée d'une incapacité générale. M. Bonnecase (1) déclare que c'est « un véritable dogme juridique dans l'état actuel des esprits ». Et M. Bonnecase refuse d'accepter ce « dogme ». Il constate d'autre part que le prodigue est en général regardé comme frappé d'incapacités spéciales énumérées à l'article 513, tandis que le mineur émancipé serait atteint d'une incapacité générale réduite, mais il déclare qu'en fait leur situation est à peu près analogue.

Or nous avons vu qu'il est vain de chercher un critérium dans l'idée de généralité des termes, car l'opposition de général à spécial est purement relative. Il faut donc chercher ailleurs.

Or il y a une autre division de la notion de capacité dont nous n'avons pas fait mention jusqu'ici, mais qui visiblement perçait à travers les termes

(1) Supplément à Baudry-Lacantinerie, t. IV, p. 595.

employés, c'est la division de la capacité en capacité de jouissance et capacité d'exercice, ou encore capacité de droit et capacité d'agir. Cette division-là, personne ne la conteste, elle est définie avec une simplicité telle qu'elle ne prête à aucune discussion : la capacité de jouissance est la possibilité d'être titulaire d'un droit, et la capacité d'exercice est la possibilité de l'acquiescer ; il y a ici une différence de nature et non plus de degré, comme dans l'autre division, toute confusion est donc impossible. Or on peut montrer que cette nouvelle division coïncide à la fois en fait et en droit avec la division entre capacité générale et capacités spéciales. Il est clair que si nous arrivons à le montrer, le problème de la distinction que nous cherchons à préciser est résolu, puisque cette distinction se définit par une autre que personne ne conteste.

Considérons la notion d'incapacité. Pourquoi établit-on une incapacité ? Ce peut être pour trois raisons : 1° Pour frapper un individu d'une peine ; 2° But absolument contraire, pour le protéger ; 3° Quand ce n'est ni en sa faveur, ni à son détriment, pour protéger l'intérêt des tiers. Nous laissons de côté le premier groupe d'incapacités qui relèvent du droit pénal, et nous retiendrons seulement les groupes 2 et 3.

Nous pouvons apercevoir dès maintenant qu'une

incapacité du deuxième groupe sera normalement une incapacité d'exercice et une incapacité générale. En effet priver quelqu'un d'un droit ne peut constituer une faveur pour lui que si on lui assure la jouissance de ce droit d'une autre manière, c'est-à-dire par l'organisation d'une protection, soit sous forme d'assistance, soit sous forme de représentation. Et d'autre part cette incapacité sera normalement générale, car on protège un individu dont la force de volonté inspire des craintes : or cet individu aura le même caractère dans toutes les circonstances ; ceci n'étant évidemment pas à prendre au pied de la lettre, car une volonté faible peut tout de même se comporter convenablement dans certains cas.

D'autre part nous apercevons également que si l'incapacité protège l'intérêt des tiers (comme par exemple l'incapacité établie par l'article 1597 du Code civil à l'encontre des magistrats et auxiliaires de la justice d'acquérir des droits litigieux dans le ressort où ils exercent leurs fonctions), il ne s'agira pas du tout de faire exercer le droit par un représentant ou avec une autorisation, mais d'en empêcher tout exercice, puisqu'on juge cet exercice préjudiciable aux tiers : il y aura donc une incapacité de jouissance. Et ce sera une incapacité spéciale, car l'incapable n'est suspect qu'à raison des circonstances, et *sublata causa tollitur effectus*.

Tout ceci n'est encore qu'une vue approximative : on peut concevoir une incapacité de protection qui soit une incapacité de jouissance à raison de certaines circonstances, et on pourrait admettre à la rigueur la suppression par une autorisation d'une incapacité établie en faveur des tiers. Il nous faut maintenant, ces idées générales indiquées, établir avec précision la coïncidence des deux divisions de la capacité en capacité générale et spéciale d'une part, de jouissance et d'exercice d'autre part, en montrant que les incapacités générales sont des incapacités d'exercice, les incapacités spéciales des incapacités de jouissance et réciproquement.

Le premier point, qui ne peut faire de doute, est qu'une incapacité de jouissance est nécessairement une incapacité spéciale. En effet, dans l'état actuel de notre société, tous les citoyens sont égaux : que signifie cette formule, sinon qu'ils jouissent des mêmes droits ? Si la vie sociale exige qu'on prive certains individus de la jouissance de certains droits, cene peut être qu'en des circonstances limitativement déterminées (puisque nous avons écarté dès le début les incapacités pénales). Dès que l'individu ne se trouve plus dans ces circonstances, il jouit à nouveau des mêmes droits que les autres. C'est ce que M. Bonnecase (1) exprime par la formule frappante : « La

(1) *Op. cit.*, p. 593.



capacité de jouissance traduit pratiquement la notion de personnalité physique ». Et il ajoute, ce qui est tout à fait conforme à notre thèse : « C'est pourquoi dans l'état actuel du droit, depuis la disparition de l'esclavage et de la mort civile, la capacité de jouissance ne subit que des atteintes partielles ». Une incapacité de jouissance ne peut être qu'une incapacité spéciale.

La deuxième proposition est qu'une incapacité générale est nécessairement une incapacité d'exercice : c'est l'inverse de la réciproque de la précédente, elle s'appuie sur le même raisonnement : dans l'état actuel de notre société, on peut enlever à un individu l'exercice de tous ses droits si son intérêt bien entendu l'exige, mais on ne peut lui en enlever la jouissance sous peine de violer le principe que tous les citoyens sont égaux en droit ; il faudra donc organiser un système lui permettant d'exercer ses droits avec l'aide ou par l'intermédiaire d'autrui : une incapacité générale sera une incapacité d'exercice.

Ces deux premiers points peuvent se résumer en une formule : il n'y a pas, en droit *civil* français, d'incapacité générale de jouissance.

Reste à établir les réciproques de ces deux propositions, à savoir que toute incapacité spéciale est une incapacité de jouissance et que toute incapacité d'exercice est une incapacité générale.

Commençons par la dernière. Elle ne peut pas se déduire logiquement d'un principe, mais elle s'établit assez facilement en fait parce que les incapacités d'exercice ne sont pas nombreuses dans notre droit, et il est donc facile de les passer en revue : le mineur non émancipé, le mineur émancipé, l'interdit, le prodigue, et la femme mariée. Ces incapacités d'exercice sont-elles regardées *en fait* comme des incapacités générales ? Si oui n'y a-t-il pas une idée qui, sans imposer la chose avec nécessité, justifie tout de même suffisamment le fait ?

Deux situations ne font de doute pour personne, ce sont celles du mineur non émancipé et de l'interdit. Nous avons cité plus haut les textes qui établissent leur incapacité : elle est évidemment générale. « Le type de l'incapacité générale, écrit M. Bonnecase (1), est celle du mineur non émancipé et de l'aliéné interdit ».

Nous n'insisterons pas non plus sur la femme mariée, parce que, de l'aveu même de M. Bonnecase, qui critique cette opinion (2), elle est regardée quasi unanimement comme frappée d'une incapacité générale : c'est « un véritable dogme juridique dans l'état actuel des esprits ». Or nous cherchons seulement en ce moment à établir le fait sans le justifier,

(1) *Op. cit.*, p. 595.

(2) Ci-dessus, p. 214.

que les incapacités d'exercice sont regardées comme générales.

Le mineur émancipé est regardé comme frappé également d'une incapacité générale : la doctrine classique expose sa situation comme celle d'un mineur à l'incapacité générale duquel on a apporté certaines dérogations, mais, comme disent MM. Colin et Capitant (1) : « Pour lui l'incapacité est donc la règle, et la capacité l'exception ».

Reste le cas du prodigue. Son incapacité est établie à l'article 513 par voie d'énumération : « Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal ». La doctrine classique, reconnaissons-le, voit là une série d'incapacités spéciales. Mais on aperçoit facilement que les actes énumérés sont si généraux que pratiquement le prodigue fait figure d'un incapable frappé d'une incapacité générale : ou du moins sa situation paraît assez analogue à celle du mineur émancipé, l'observation est partout ; seulement on peut en conclure deux choses : ou bien que le mineur émancipé est frappé en réalité d'incapacités spéciales, et qu'on a tort de le dire frappé d'une incapacité générale com-

(1) *Cours élémentaire*, t. I, p. 552.

portant des exceptions, ou bien au contraire que le prodigue est frappé d'une incapacité générale, et qu'on a tort de le dire frappé d'incapacités spéciales. Laquelle de ces deux conclusions est légitime ? M. Bonnecase, qui note la similitude des deux situations, adopte la première (1). Mais la seconde a certainement pour elle l'orientation de la jurisprudence, car celle-ci n'a cessé depuis le Code civil d'étendre l'incapacité du prodigue en interprétant le plus extensivement possible les termes de l'article 513 du Code civil (2), c'est-à-dire en se comportant exactement comme si cette incapacité était générale, puisque, comme nous l'avons vu (3), la seule conséquence juridique en droit interne de la distinction entre incapacités générales et incapacités spéciales est précisément l'interprétation extensive ou restrictive des textes établissant l'incapacité. Et ce critérium peut encore lever le doute qui pourrait subsister au sujet de la femme mariée : son incapacité a sans doute été restreinte par bien des lois spéciales, mais la jurisprudence a tout de même interprété l'article 217 du Code civil dans le sens extensif : témoin l'interdiction à la femme même séparée de biens d'aliéner ses meubles, en vertu des termes généraux

(1) *Op. cit.*, p. 594.

(2) Colin et Capitant, t. I, p. 609 et suiv.

(3) Ci-dessus, p. 210.

de l'article 217 (1), et cela en dépit du puissant argument *a contrario* tiré de l'article 1449 exigeant l'autorisation maritale pour l'aliénation des immeubles de la femme séparée de biens.

Concluons : sur cinq incapacités d'exercice, quatre sont considérées en fait comme des incapacités générales, et la cinquième, tout en étant taxée par les auteurs d'incapacité spéciale, donne lieu à l'application de la seule conséquence juridique qu'on puisse tirer de la généralité d'une incapacité, et ceci en vertu d'une orientation de la jurisprudence qui n'a fait que se développer depuis le Code civil. Donc, en admettant même que toutes les incapacités d'exercice ne soient pas encore reconnues comme incapacités générales, on a le droit de considérer que le sens de l'évolution est d'y conduire.

Mais n'y a-t-il là qu'une contingence qui disparaîtrait s'il apparaissait dans notre droit civil d'autres incapacités d'exercice ? Ou y a-t-il une raison qui explique cette tendance ? On peut répondre qu'il y a une raison qui, sans rendre le fait nécessaire, l'explique tout de même suffisamment. C'est la suivante : Une incapacité d'exercice n'est pas établie parce que l'exercice d'un droit aurait des inconvénients en soi, mais parce qu'il aurait des inconvé-

(1) Req., 24 octobre 1906, D. P. 1907.1.14, S. 1910.1.482 ; Colin et Capitant, t. III, p. 249.



nients pour son titulaire ; en effet, puisque le droit peut être exercé moyennant assistance ou représentation, c'est que son exercice ne préjudicie à personne. On peut concevoir que le protégé n'ait besoin de cette protection qu'à raison de la situation spéciale dans laquelle il se trouve quand il exerce ce droit, par exemple la situation du malade voulant gratifier son médecin par testament. Dans ce cas il pourrait y avoir incapacité d'exercice levée par une assistance quelconque : en fait ceci n'existe pas, parce qu'on ne peut pas organiser une protection pour un individu qui en aura besoin une fois par hasard. L'organisation d'une protection, c'est-à-dire l'établissement d'une incapacité d'exercice, suppose un besoin de protection plus ou moins permanent, c'est-à-dire fondé sur une qualité inhérente à la personne, autrement dit sur son état. Nous aboutissons donc à caractériser l'incapacité d'exercice comme l'incapacité générale en disant qu'elle est établie en considération de l'état des personnes. Et on voit que le raisonnement englobe le cas de la femme mariée, même si on refuse de voir dans son incapacité une incapacité de protection *propter imbecillitatem sexus*, ce qui paraît juste : si son incapacité d'exercice a pour but l'unité de direction du ménage, elle est bien instituée au premier chef en considération de l'état juridique de la personne. Et d'autre part,

ce lien entre l'incapacité d'exercice, l'incapacité générale et l'état des personnes explique que la jurisprudence se soit toujours instinctivement refusée à les dissocier quant à la loi applicable en droit international privé.

Nous avons ainsi montré que les incapacités de jouissance sont forcément spéciales, que les incapacités générales sont forcément d'exercice, et que les incapacités d'exercice sont normalement générales. Il suit de là que les incapacités spéciales sont normalement de jouissance. Nous avons ainsi établi la coïncidence des deux divisions : coïncidence des incapacités générales et d'exercice, coïncidence des incapacités spéciales et de jouissance.

Oui, dira-t-on, mais en déformant le sens de l'expression « incapacité générale », dont vous avez adopté l'application à des « incapables » qui peuvent faire quantité d'actes de la vie courante, comme l'émancipé et le prodigue. La réponse est facile : il n'y a pas d'incapacité absolue dans le droit civil français actuel. Même le mineur non émancipé peut faire certains actes, comme nous l'avons vu (1) : il est pourtant frappé d'une incapacité générale. Et l'emploi de cette expression est légitime puisque nous avons vu que, sémantiquement, « général » a un sens tout relatif.

(1) Ci-dessus, p. 211.

Il y a donc un critérium simple et précis permettant de distinguer une incapacité générale d'une incapacité spéciale. Sans doute il est loin de s'imposer avec une rigueur qui est rare dans des matières où la logique doit compter avec les faits économiques et les réalités morales, mais il s'appuie sur des idées assez générales pour avoir la force de se maintenir en dépit des hésitations de détail. La construction que nous avons dégagée de la jurisprudence, et qui part de la distinction entre incapacités générales et spéciales, repose donc sur une base acceptable.



## TROISIÈME PARTIE

### LIMITES D'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE AUX INCAPACITÉS GÉNÉRALES

*Distinction entre les procédés généraux (le renvoi, l'ordre public) et les procédés spéciaux.*

Nous savons maintenant dans quels cas la loi étrangère est déclarée applicable. Quand un tel cas se présente, la loi étrangère est-elle toujours appliquée ? C'est l'objet de cette troisième partie. Son titre la restreint à l'examen des incapacités générales : il y a pourtant des cas où la loi étrangère est déclarée applicable à des incapacités spéciales, mais nous avons vu que ces cas sont rares et déterminés par le fait qu'aucune qualification ne permet d'introduire la loi française : il sera exceptionnel, dans ces conditions, que le juge ait des raisons particulières de tenir à l'application de la loi française : de fait il n'y a pas, d'après la jurisprudence actuelle, de procédés propres à écarter la loi étrangère déclarée applicable à une incapacité spéciale, sinon peut-être la loi du 14 juillet 1819 en matière de dispositions à



titre gratuit à cause de mort. On sait en effet qu'à partir de l'idée de prélèvement en compensation des inégalités établies par la loi étrangère au détriment de l'héritier français, la jurisprudence est arrivée à tirer de la loi de 1819 un moyen général de soumettre à la loi française la dévolution (1) de toute succession à laquelle vient un héritier français ; et ceci va jusqu'à imposer aux testateurs étrangers la loi française sur la réserve et le disponible du moment qu'un des héritiers est français (2) : si on peut considérer ces questions comme se rattachant à la capacité, il y a là un moyen remarquable d'introduction de la loi française, mais nous avons dit ailleurs que ces questions ne nous paraissaient pas se rattacher à la capacité (3).

En dehors de ce moyen, le juge a toujours à sa disposition, si la nécessité est par trop évidente, les procédés généraux et énergiques de l'ordre public et du renvoi, quand celui-ci est possible.

C'est en effet la distinction essentielle qu'il faut poser au début de cette troisième partie : il y a deux façons d'écarter la loi étrangère quand les principes la déclarent applicable : l'emploi des procédés généraux et l'emploi des procédés spéciaux.

(1) Req., 21 juillet 1851, D. P. 1851.1.267, S. 1851.1.663.

(2) Req., 18 juillet 1859, D. P. 1859.1.325, S. 1859.1.822.

(3) Ci-dessus, p. 178.

Les procédés généraux sont ceux qui s'appliquent en tout état de cause, aussi bien à propos de la capacité que de l'état des personnes, des successions ou des contrats : ils reposent sur le fondement même de l'application des lois étrangères, abstraction faite du caractère du litige, et peuvent donc s'appliquer à n'importe quel problème. Ils ont été rapprochés et lumineusement analysés par M. Bartin dans ses magistrales *Etudes de droit international privé*. Ce sont les qualifications, le renvoi et l'ordre public.

Nous avons eu à étudier de près l'usage de la théorie des qualifications en notre matière. Une étude analogue pour la théorie du renvoi n'aurait aucun intérêt. Il ne peut être en effet question de discuter ici la théorie même du renvoi : c'est un sujet énorme, aussi bien par l'abondance des discussions qu'il a suscitées, que par le fait qu'il touche aux fondements mêmes du droit international privé. Quant au mode d'application de cette théorie à notre sujet, c'est-à-dire l'étude des cas dans lesquels le renvoi a été admis en matière de capacité, et ceux dans lesquels il a été repoussé, elle se ramènerait à la précédente, car le renvoi n'a jamais été admis ou repoussé que pour des raisons tenant à la théorie du renvoi elle-même ; les juridictions admettent ou n'admettent pas le renvoi ; ceci dit, elles appliquent leur solution à tous les litiges qui leur sont soumis ; une

étude de l'application du renvoi à la capacité reviendrait donc à une étude des arguments pour ou contre le renvoi lui-même (1).

Il n'y a qu'à constater le fait que depuis l'arrêt de la Chambre des requêtes du 1<sup>er</sup> mars 1910 rendu au rapport bien caractéristique du Conseiller Denis (2), la Cour de cassation, reprenant l'invention de l'arrêt Forgo, paraît bien décidée à maintenir le renvoi dans notre droit positif, malgré les critiques de la doctrine, très impressionnantes à notre sens. Dans ces conditions nous n'avons pas non plus à nous arrêter au système qui proposerait de limiter le renvoi au statut personnel (3) : c'est encore le fondement du renvoi, et lui seul, qui est en question.

L'application à notre matière de la théorie de l'ordre public aurait pu paraître plus intéressante à suivre de près. Mais en fait l'ordre public a été très peu invoqué en matière de capacité. Ecarter délibérément la loi étrangère parce qu'elle choque trop manifestement notre conception de la justice suppose une question morale ou politique en jeu : le cas, fré-

(1) V. par ex. pour l'admission du renvoi, Paris, 17 février 1910, D. P. 1910.2.145, Cl. 1910.579, S. 1910.2.133 ; Trib. Pau, 28 juillet 1904, Cl. 1905.194. *Contra* : Seine, 31 décembre 1910, D. P. 1911.5.11, Cl. 1911.889 ; Seine, 10 février 1893, Cl. 1893.530.

(2) D. P. 1912.1.262, S. 1913.1.105, Cl. 1910.888.

(3) Pillet et Niboyet, *Manuel*, 1<sup>re</sup> éd., p. 391.

quent dans les matières touchant à l'état des personnes, se rencontre plus rarement dans les règles de capacité. On peut citer un arrêt de la Cour de Paris (1) déclarant le délai de viduité d'ordre public en France. En admettant que ce point puisse se rattacher à la capacité à contracter mariage, il est clair que cette capacité, quoique spéciale, tient bien plus à l'état des personnes qu'à la capacité : aussi l'ordre public a pu s'y glisser.

Un autre sujet a fourni quelques applications de la notion d'ordre public, c'est l'organisation de la protection des incapables (2) : cette protection est organisée suivant la loi française, au moins provisoirement, quand il y a urgence, ou quand la loi étrangère n'établit pas de protection. C'est le seul cas important pratiquement, et il n'appelle pas de commentaires spéciaux à notre point de vue.

Ces procédés généraux ne sont pas suffisants : le renvoi n'a d'intérêt pour soumettre la capacité à la loi française que si la loi étrangère renvoie à la loi française prise comme loi du domicile, et si l'intéressé peut être considéré comme domicilié en

(1) Paris, 13 février 1872, D. P. 1873.2.160, S. 1873.2.112, *Cl.* 1874.31.

(2) Req., 10 novembre 1896, D. P. 1897.1.313, S. 1900.1.516 ; Civ., 19 novembre 1923, *Revue de droit international privé*, 1924, p. 136 ; Civ., 7 mai 1928, S. 1928.1.238.

France : ces conditions ne sont pas toujours réalisées. L'ordre public, nous l'avons vu, ne s'applique pas fréquemment. Or, il s'est présenté une série d'hypothèses intéressant les diverses incapacités générales, où il a paru indispensable d'appliquer la loi française. A quels procédés a-t-on eu recours ? C'est l'objet des chapitres qui vont suivre, dans lesquels nous allons examiner successivement le cas des mineurs, des prodigues et interdits et des femmes mariées.



## CHAPITRE PREMIER

### LES MINEURS. LA JURISPRUDENCE DE L'INTÉRÊT NATIONAL.

Un étranger fait des achats en France chez un commerçant français. Celui-ci traite sans méfiance et livre la marchandise, mais quand il réclame son prix, le client lui répond que la loi de son pays fixe la majorité à un âge plus tardif qu'en France, à 25 ans, par exemple, qu'il n'a pas encore atteint cet âge, et qu'en conséquence le contrat par lequel il s'est engagé à payer le prix est nul comme passé par un mineur, bien qu'il ait plus de 21 ans.

L'hypothèse est très simple, très pratique et très embarrassante : l'application du statut personnel, donc la nullité du contrat, paraît inéluctable, et cette nullité sera évidemment dans la plupart des cas une injustice criante, puisque le commerçant ne reverra probablement pas sa marchandise tout en n'étant pas payé. Or, quelle faute a-t-il à se reprocher ? D'avoir ignoré les dispositions d'une loi étrangère dont il soupçonnait peut-être tout juste l'existence, et dont il aurait été bien en peine de se procurer le

moindre texte. Il est sévère de perdre plusieurs milliers de francs pour une faute de cette gravité. Et dans quelle mesure l'étranger plus ou moins scrupuleux n'a-t-il pas spéculé sur cette ignorance du Français ?

Il y a là le conflit le plus flagrant entre les exigences de la justice et les conséquences de la règle que le statut personnel est régi par la loi nationale. Aussi certaines législations récentes, qui admettent la même règle que nous, ont-elles prévu notre cas par une disposition spéciale. C'est ainsi que le paragraphe 7 de la loi d'introduction du Code civil allemand, l'article 61 du Code civil suisse de 1907-1912, l'article 5 de la loi suédoise du 8 juillet 1904, l'article 3 de la loi polonaise du 2 août 1926 sur les conflits de lois internationaux, et l'article 29 de la loi polonaise du 12 janvier 1927 sur le chèque résolvent la question en faveur du national victime de sa bonne foi. Une disposition analogue se trouve dans le projet élaboré par la Société d'Etudes législatives. Dans l'état actuel du droit français, nous n'avons rien de semblable. Devait-on se résigner à appliquer la loi étrangère ? La question est au premier chef du statut personnel... Tout au plus peut-on discuter sur le point de savoir s'il ne s'agirait pas d'état plutôt que de capacité : « être » majeur serait un élément de l'état dont on déduirait la capacité.

Ce point de vue n'a rien d'inconciliable avec celui qui voit dans la minorité les « conditions » de l'incapacité dont il faut ensuite étudier les effets. La dualité des points de vue montre seulement le lien étroit qui unit l'état et la capacité, au moins générale. Les jugements et arrêts n'y ont vu du reste qu'une question de capacité.

Puisqu'il s'agissait de capacité, il fallait appliquer la loi étrangère ; or la loi étrangère fixant la majorité à un âge que n'avait pas atteint le contractant, le contrat était nul comme passé par un mineur : le raisonnement est d'une simplicité telle qu'on se demande comment on peut y échapper.

La jurisprudence n'a pas hésité à appliquer la loi française : c'est le célèbre arrêt Lizardi rendu par la Cour de cassation en 1861 (1) qui a fixé notre droit sur ce point.

Avant l'affaire Lizardi, la question s'était posée deux fois devant la Cour de Paris, à quelques mois de distance, en 1834. La première fois c'était à propos d'un Espagnol, le marquis de Fontellas, qui demandait la nullité d'obligations souscrites par lui, comme consenties en violation de son statut personnel qui fixait sa majorité à 25 ans, âge qu'il n'avait pas encore atteint. Le Tribunal, puis la Cour, con-

(1) Req., 16 janvier 1861, D. P. 1861.1.193, S. 1861.1.305.

firmant par adoption de motifs, le déboutèrent, considérant « qu'il ne peut en France réclamer contre un Français pour obligations souscrites en France l'application des dispositions que son contractant n'a pas connues ni dû connaître et qui conséquemment ne peuvent être obligatoires pour lui » (1).

Quelques mois après, une seconde affaire ramenait la même question devant la Cour de Paris : c'était cette fois un Wurtembergeois, le sieur Knapp, qui, lui aussi, invoquait sa minorité jusqu'à l'âge de 25 ans pour se soustraire aux obligations qu'il avait contractées en France. La Cour le condamna à exécuter ses engagements, considérant « que Knapp ayant indiqué son domicile à Paris dans le billet à ordre dont il s'agit, ceux qui en sont devenus successivement porteurs ont été autorisés à le considérer comme Français et soumis à la loi française » (2). L'argument, on le voit, est assez différent de celui sur lequel s'appuyait l'arrêt précédent. Il est à noter qu'ici l'adversaire, un sieur Seller, était anglais.

Tels sont les précédents qui existaient quand intervint l'arrêt Lizardi. L'espèce est connue : Lizardi était un Mexicain de 23 ans qui avait commandé chez des commerçants français, et pris livraison, de

(1) Paris, 17 juin 1834, D. P. 1834.3.27, S. 1838.2.215.

(2) Paris, 15 octobre 1834, S. 1834.2.657.

plus de 80.000 francs de bijoux. Quand vint le moment de payer, il déclara qu'étant mineur jusqu'à 25 ans d'après la loi mexicaine, les traites qu'il avait souscrites étaient nulles et qu'il ne devait rien. Le Tribunal de la Seine le condamna à payer ; ce jugement fut confirmé par la Cour de Paris, et la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi. Tous les arguments des trois juridictions sont résumés dans ces motifs de la Chambre des requêtes : « Que, dans ce cas, le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité... qu'il suffit alors pour la validité du contrat que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi », puis plus loin, un argument seulement esquissé : « que les objets vendus ont même profité en partie au demandeur ».

Le caractère de « jugement en équité » de cette solution ressort curieusement d'une observation faite par l'annotateur du *Sirey* : trois ans auparavant la Cour de Paris, par arrêt du 20 février 1858 (non publié), avait admis l'incapacité du même sieur de Lizardi, invoquée dans les mêmes conditions : seulement cette fois il ne s'agissait pas d'une vente de bijoux par un commerçant honorable, mais d'un prêt d'allure usuraire, déclare l'arrêt, quoique dissimulé sous une forme commerciale.



La Cour de Paris (1) reprit la solution de la Cour de cassation en 1883. Un colporteur hollandais, le sieur Hartog, avait fait divers achats pour son commerce chez un fournisseur français. Quand vint le moment de payer, il invoqua la loi hollandaise qui, fixant la majorité à 23 ans, annulait les contrats qu'il avait passés. Le Tribunal de commerce de la Seine accueillit sa demande par jugement du 4 mai 1882, mais ce jugement fut infirmé par la Cour de Paris le 8 février 1883. La Cour condamna Hartog à payer ses dettes pour trois raisons : 1° « qu'il ressort de tous les documents du procès que Lesage et Bironneau ont toujours cru traiter avec un citoyen majeur... qu'en dissimulant son extranéité à ceux avec lesquels il était en relations continues d'affaires, il les a tout le premier induits en erreur ; qu'ils n'ont point commis de faute ou d'imprudence qui leur soit imputable » ; 2° « que Hartog, quoique mineur hollandais, était autorisé par sa mère à faire le commerce ». On ne voit pas très bien la portée de cette raison : elle ne change pas la loi applicable, et si la loi hollandaise valide l'acte dans ce cas, il n'y a plus de question : aussi la Cour ajoute-t-elle la troisième raison « qu'il a tiré profit des ventes qui lui

(1) Paris, 8 février 1883, D. P. 1884.2.25, S. 1883.2.169, Cl. 1883.290.

ont été faites, et, qu'à cet égard encore, il en doit le prix ».

Telle est la jurisprudence dite de l'intérêt national. Elle s'est appliquée à des mineurs, mais des arrêts, que nous retrouverons (1), l'ont étendue à des prodigues. Elle constitue de toute évidence l'échec le plus franchement avoué à la règle que le statut personnel est régi par la loi nationale, et a par là une grande importance aussi bien pratique que théorique, en dépit du petit nombre d'arrêts qui la constituent.

Comment se justifie cet échec à une règle aussi implantée dans notre droit ? Les raisons invoquées par les jugements et arrêts se ramènent en somme aux deux suivantes : 1° On ne peut pas reprocher au Français d'avoir ignoré l'incapacité de son cocontractant ; 2° Le cocontractant a tiré profit des fournitures qui lui ont été faites.

Ces deux raisons sont impératives en équité : comment donner tort à celui auquel on n'a rien à reprocher, et donner raison à celui qui tire de l'opération un profit sans contrepartie à fournir, quand il n'a pas en outre sournoisement escompté ce résultat ?

Mais en droit ces deux raisons sont aussi faibles l'une que l'autre. Avec la première on raye de notre

(1) Ci-dessous, p. 261-262.

droit toute la protection des incapables, car la nullité des actes de l'incapable est édictée par la loi dans l'intérêt de l'incapable lui-même, sans souci de l'intérêt du cocontractant (1) : si elle n'était prévue que pour le cas où le cocontractant aurait connu l'incapacité de celui avec lequel il traitait, elle ne serait jamais prononcée. On ne traite pas avec un individu qu'on sait pertinemment être incapable, et si on n'en est pas sûr, la loi tient à éveiller votre méfiance par la menace de la nullité : c'est le seul moyen qu'elle soit efficace.

Quant à la seconde raison, elle n'est guère meilleure : si l'incapable a profité des fournitures à lui faites, il peut être tenu de restituer ce profit, et c'est tout. Or ici le but qu'on veut atteindre est tout autre : c'est la validité du contrat et son exécution.

Ces objections sont clairement résumées dans les motifs d'un jugement rendu par le Tribunal de la

(1) Ce souci n'intervient que négativement en droit français et pour limiter les effets de l'incapacité (par exemple par l'exigence de la preuve de la lésion). Il pourra y avoir une grave hésitation dans le cas d'une loi étrangère donnant à cette limite un aspect positif : en droit allemand, par exemple (*B. G. B.*, § 108), le cocontractant peut interpellé le tuteur sur son intention d'agir ou non en nullité, et se considérer à l'abri de toute action en cas de réponse négative. Le Français ayant contracté en France avec un mineur allemand pourra-t-il invoquer cette disposition évidemment protectrice des tiers, non du mineur ? C'est fort douteux.

Seine le 2 juillet 1878 (1) : « Cette règle (que le statut personnel est régi par la loi nationale) ne saurait souffrir d'exception qu'au cas où le mineur aurait usé de fraude ou aurait profité des engagements par lui souscrits ». Et encore faudrait-il prouver le profit. Quant à la démonstration de la fraude, elle serait plus efficace, mais elle est rendue singulièrement difficile par la disposition du Code civil à l'article 1307 : « La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution ». Si même une telle déclaration ne constitue pas une fraude, que dire du simple silence ? Et les décisions se bornent en effet à constater que le cocontractant a « ignoré » l'incapacité, elles osent rarement déclarer que cette ignorance est due à un silence de l'étranger qui serait frauduleux.

On comprend dès lors que la doctrine, toujours favorable en principe à l'application du statut personnel, ait abondamment critiqué une dérogation, si peu justifiée en droit, à une règle classique. Laurent (2), Renaut (3), Despagne (4), Huc (5), Baudry - Lacantinerie et Houques - Fourcade (6),

(1) *Cl.* 1878.502.

(2) *Droit civil international*, t. II, p. 86.

(3) *Revue critique*, 1884, p. 721.

(4) *Précis de droit international privé*, n° 232.

(5) *Cours de Code civil*, nos 152, 155.

(6) *Des Personnes*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 209.

MM. Beudant (1), Bartin (2), Surville et Arthuys (3), Audinet (4), Weiss (5), Pillet et Niboyet (6), pensent qu'il n'y a aucune raison d'écarter la loi nationale en dehors des cas de dol caractérisé ou d'enrichissement sans cause prouvé.

Et pourtant la jurisprudence est fixée, on peut le dire, en sens contraire. Et si on cherche à envisager le problème tel qu'il se présente aux juges, on reconnaîtra que la solution de la pratique s'impose dans la majorité des cas. La justice la réclame si bien que des législations étrangères l'ont expressément consacrée et qu'il est question de l'introduire dans la nôtre (7). Ne pourrait-on tout de même lui trouver un fondement dans l'état actuel de notre droit positif ?

Il y a bien un moyen qui a été esquissé par certaines décisions, mais qui n'a pas réussi : c'est l'initiative hardie d'une construction juridique ; il s'agit, non plus de s'appuyer sur des raisonnements classiques qui portent à faux, mais de créer un concept

(1) *Cours de droit civil*, Introd., n° 164.

(2) *Etudes de droit international privé*, p. 194.

(3) *Cl.* 1909.625 ; Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., n° 151.

(4) *Principes de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., n° 311.

(5) *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, p. 149.

(6) *Manuel de droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd., p. 524.

(7) Ci-dessus, p. 234.



nouveau. Les exemples de ce procédé sont faciles à trouver dans notre droit civil : quand la Cour de cassation valide les actes de l'héritier apparent, que fait-elle sinon de créer un concept nouveau, celui d'« héritier apparent », et d'en déduire les conséquences qui y sont incluses ? L'initiative consiste à oser introduire le concept : une fois qu'il est admis, il n'y a plus qu'à raisonner. Ne pourrait-on parler ici d'un « majeur apparent » ? Le procédé n'aurait rien d'illégitime, au témoignage même du maître des questions de méthode, M. Gény, « La forme vraiment caractéristique de la procédure intellectuelle appliquée aux choses du droit consiste à isoler, par un effort d'abstraction, les concepts qui semblent dominer les réalités juridiques, puis, les envisageant en eux-mêmes, à les analyser, les modifier, les agencer et les combiner, de façon à en créer des entités indépendantes, capables pourtant de régir la vie sociale par la vertu de l'idée qui les anime. C'est ce qu'on appelle plus spécialement la construction juridique, essentiellement réalisée au moyen de la représentation par concepts, et dont les résultats se traduisent en hypothèses ou théories pour tendre à la systématisation complète du droit ».(1).

L'idée d'un « majeur apparent » perce dans les

(1) *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n° 218.

décisions qui constatent (1) que non seulement le Français a agi sans légèreté ni imprudence, mais que la conduite de l'étranger a pu légitimement lui laisser croire qu'il avait affaire à un individu capable ; mais l'idée n'a pris toute sa vigueur que dans le deuxième jugement Fiocca (2), rendu, on s'en souvient, à propos d'une Italienne séparée de corps, qui avait vendu sans l'autorisation de son mari un immeuble sis en France. Le mari, demandeur en nullité de la vente, fut débouté, attendu « que, quels que puissent être les motifs de sa longue inertie et ensuite de la lenteur et de l'intermittence de son action pour faire reconnaître son autorité maritale, cette conduite n'en a pas moins eu pour effet de laisser se constituer et même de consacrer par le long usage qu'en a fait la dame Chaveroudier un *état apparent* de femme divorcée qui conduisait les tiers à la considérer comme libre et maîtresse de ses droits et actions ».

Seulement cette idée n'a pas été consacrée par la Cour de cassation qui n'en a jamais fait mention, et cette consécration est une condition à peu près indispensable à la vie d'une construction juridique.

Il faut donc reprendre le problème d'une autre

(1) Paris, 15 octobre 1834, ci-dessus, p. 236 ; Paris, 8 février 1883, ci-dessus, p. 238.

(2) Ci-dessus, p. 200.

façon. Certains auteurs (1) ont invoqué « l'intérêt national ». Il y a une forme de cette idée sous laquelle elle est inacceptable : l'intérêt du national en contestation avec l'incapable étranger triompherait parce qu'il s'agirait d'un national pris comme tel ; mais toute la question est précisément de comparer les intérêts en présence à la lumière de la justice ; si vous décrétez que l'intérêt d'un Français est préférable par principe à celui d'un étranger, il n'y a plus de droit international privé ; tous les litiges sont résolus d'avance. Du reste avec cette interprétation la solution ne serait admise qu'au cas d'un étranger ayant traité avec un Français ; or nous l'avons vu appliquée entre étrangers (2). Une autre forme de cette idée est au contraire tout à fait intéressante ; elle consiste à dire : ce n'est pas l'intérêt *du* national qui importe, c'est l'intérêt *national*, le crédit public en France, qui est menacé par la solution concrète que réclame l'application du statut personnel. Or il est incontestable que le premier devoir des juges est de veiller à la sécurité du crédit public en France. Seulement nous ne sommes pas beaucoup avancés parce que la nullité de l'acte passé par un incapable français compromet aussi le crédit public ; veiller à

(1) Valette sur Proudhon, t. I, p. 85 ; Demolombe, t. I, p. 102 ; Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> éd., t. I, § 31, p. 145 et suiv.

(2) Ci-dessus, p. 236.

la sécurité du crédit est le premier devoir des juges, il est trop « premier », c'est un but général, et les solutions d'espèces exigent des règles précises. Or ici la règle précise est que, par exception particulière au souci premier de crédit public, l'obligation contractée par un incapable est nulle. Et il n'est pas nié que l'étranger soit incapable dans notre hypothèse.

Mais pourquoi cette nullité choque-t-elle dans le cas d'un incapable étranger, alors qu'elle ne choque pas dans le cas d'un incapable français ? Puisque ce sentiment de justice est un fait acquis, il doit s'expliquer par notre droit positif minutieusement analysé, du moment que nos principes de droit positif sont justes en eux-mêmes. Il faut trouver la différence de fait qui permettra d'appliquer à l'incapable étranger un régime différent de celui qu'on applique à l'incapable français. Or en quoi consiste la différence des deux situations ? En ceci qu'il est normal en France de connaître la loi française, tandis qu'il n'est pas normal de connaître la loi étrangère : c'est là tout le nœud de la question. L'argument se rencontre, nous l'avons vu, dans toutes les décisions ; il se rencontrait même dans l'arrêt d'Hervas (1), qui disposait d'autres moyens pour justifier sa solution. C'est à cela que revient l'argument principal de la Cour de

(1) Ci-dessus, p. 115.

cassation, argument rendu classique par l'arrêt Lizardi sous la forme qu'il lui a conservée telle qu'elle se trouvait dans Demolombe (1) : « Le Français a traité sans légèreté ni imprudence » : il ne pouvait pas se douter quel'étranger était incapable. Et on est indulgent à ce Français parce qu'il ne paraît pas en faute. Pourquoi au contraire serait-on sans pitié dans le cas d'un incapable français ? C'est que *nemo censetur ignorare jus*. Or, justement cette maxime n'a jamais été invoquée dans les décisions relatives à notre question : elle constitue pourtant l'objection capitale au système de la jurisprudence qui repose en somme essentiellement sur l'indulgence au Français de bonne foi et ignorant la loi étrangère. Mais si cette maxime n'a jamais été invoquée, puisqu'aucune décision ne s'en préoccupe, n'était-ce pas parce qu'on la sentait obscurément inapplicable ?

Et en effet le *jus* comprend-il la loi étrangère ? Absolument pas dans l'opinion invétérée de notre jurisprudence qui regarde la loi étrangère comme un pur fait, non comme du droit. Et on connaît les deux solutions issues de cette conception : 1° la preuve de la loi étrangère est faite par les parties, ce qui, d'après la maxime : *Da mihi factum, dabo tibi jus*, est réservé aux questions de fait ; 2° on ne peut pas

(1) *Cours de Code civil*, t. I, p. 102.



se pourvoir en cassation pour violation d'une loi étrangère : le contenu et le sens de la loi étrangère sont des questions de fait souverainement résolues par les juges du fond (1).

Cette conception de la loi étrangère, qui, comme on le sait, est très discutée, se défend parfaitement. Elle commande toute une conception du droit international privé qu'il serait fort intéressant d'analyser, mais il suffit pour le moment de constater que l'opinion de la jurisprudence est fixée.

La solution en elle-même se justifie donc dans notre droit positif. Reste maintenant à la construire pour la rendre applicable à un cas concret. L'étranger demande la nullité de l'acte passé en méconnaissance de l'incapacité dont le frappait sa loi nationale. C'est son droit, et il faut poser en principe que cette loi nationale est applicable. Seulement le cocontractant a cru traiter avec un individu capable parce qu'il avait plus de 21 ans : il y a là une erreur qui peut être prise en considération parce que la maxime : *nemo censetur ignorare jus* est inapplicable ; la seule règle de droit que le cocontractant était tenu de connaître, c'est que le statut personnel est régi par la loi nationale ; mais quels sont les termes de cette

(1) V. Boquel, *De l'office du juge en matière d'application des lois étrangères d'après la jurisprudence française*. Thèse Nancy, 1923.

loi nationale ? C'est une question de fait qu'il eût été prudent de connaître, sans doute, mais qu'on ne peut reprocher à un commerçant de n'avoir pas connu pour une transaction courante ; s'il s'agissait d'un acte plus grave, une vente d'immeubles par exemple, qui se traite normalement avec précautions et exige des formalités relativement longues, la même ignorance de la loi étrangère ne paraîtrait plus si excusable (et cette solution apparaît dans les motifs de la jurisprudence). Mais dans le cas envisagé, il n'y a eu nulle négligence : le commerçant, pour opérer avec la confiance qui doit régner dans les affaires courantes, n'a pas demandé le temps de se renseigner sur la loi étrangère. L'ignorance dans laquelle il est ainsi resté lui a fait commettre une erreur de fait dont il ne doit pas supporter les conséquences ; en effet son erreur non seulement est excusable prise par rapport à lui, mais elle mérite protection en elle-même, parce que l'intérêt général du crédit public en France peut sans doute souffrir l'exception établie par le Code civil au principe de la capacité à l'encontre des mineurs de 21 ans, mais souffrirait infiniment plus des exceptions variées et imprévues d'une loi étrangère subitement appliquée.

Puisque le cocontractant ne doit pas être victime de son erreur, le seul moyen consiste à valider le contrat : c'est le raisonnement qui sert à justifier l'ar-

ticle 1310 du Code civil déclarant le mineur tenu des obligations résultant de ses délits et quasi-délits : si le délit ou le quasi-délit ont eu pour résultat la formation d'un contrat, puisque réparation est due à la victime, la meilleure consistera à valider le contrat.

Il est essentiel de noter que cette explication laisse intact le principe que le statut personnel est régi par la loi nationale. Le principe s'appliquera toutes les fois que le cocontractant aura été inexcusable à ne pas se renseigner sur le contenu de la loi étrangère ; ce seront les cas d'opérations importantes dont les tractations laissent du temps pour la réflexion et les démarches. Au contraire, dans les opérations courantes on ne peut exiger une science encyclopédique chez les commerçants, et leur erreur, digne de protection, dans leur intérêt comme dans l'intérêt général, peut être protégée juridiquement parce que la loi étrangère ne fait pas partie du droit qu'appliquent les tribunaux français, et qu'en conséquence on peut l'ignorer sans se voir opposer la maxime « *nemo censetur ignorare jus* ».

## CHAPITRE II

### PRODIGES ET INTERDITS JUDICIAIRES.

#### LES INCAPACITÉS ÉTABLIES PAR JUGEMENT.

Il se pose à propos des incapacités générales établies par jugement des problèmes spéciaux qui doivent être étudiés à part. On peut très bien concevoir l'application aux prodiges et interdits judiciaires du système de l'intérêt national, et nous en verrons en effet des exemples, mais d'autres questions se posent du fait que nous avons affaire à des incapacités établies par jugement. Elles sont au nombre de deux : 1° L'application de la loi étrangère s'impose-t-elle aux juges français pour donner un conseil judiciaire à un prodigue étranger et pour interdire un aliéné étranger ? 2° L'incapable étranger interdit ou pourvu d'un conseil judiciaire à l'étranger peut-il opposer son incapacité aux tiers avec lesquels il a traité en France ?

La première question n'offre pas de grandes difficultés théoriques. Du moment que les tribunaux français se reconnaissent compétents pour interdire un aliéné étranger, ou nommer un conseil judiciaire

à un étranger, ils lui appliqueront sa loi nationale. La question de compétence mériterait du reste toute une étude, car les solutions qu'on lui a données ont beaucoup évolué au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, et dans le sens d'une compétence de plus en plus large: c'est du reste la question générale de la compétence des tribunaux français entre étrangers en matière d'état (1).

Le tribunal, s'il se déclare compétent, applique donc la loi nationale de l'étranger: si cette loi n'organise aucune protection, le tribunal rejettera la demande. Mais, dira-t-on, l'ordre public ne sera-t-il pas intéressé à l'organisation d'une protection en ce cas, et on appliquerait alors la loi française? L'ordre public ne pourrait intervenir que pour la protection d'un aliéné, et encore pour l'internement plus que pour l'organisation de l'incapacité. La loi de 1838, en tant que mesure administrative d'ordre public, nous semble donc applicable aux étrangers avec ses conséquences sur la capacité civile qui en sont difficilement séparables, il n'y a du reste pas à notre connaissance de jurisprudence sur la question. En fait les législations civilisées organisent la protection des aliénés; ce qu'elles n'organisent pas toujours, c'est la protection du prodigue: la législation anglaise,

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel*, 1<sup>re</sup> éd., n<sup>o</sup> 227, p. 285 et suiv.



par exemple, l'ignore ; aussi a-t-on vu refuser à une Anglaise la nomination d'un conseil judiciaire à son fils (1). On n'a pas considéré que l'ordre public fût atteint par ce refus. Mais il est juste d'ajouter qu'une autre juridiction a nommé le conseil judiciaire par application du renvoi de la loi anglaise à la loi française prise comme loi du domicile (2).

Si au contraire la loi étrangère prévoit une protection, le juge français ordonnera l'organisation de cette protection (3). Mais ici intervient une distinction classique : celle des *ordinatoria* et des *decisoria litis* ; si la solution doit être cherchée dans la loi étrangère, la procédure pour y arriver dépend exclusivement de la loi française. C'est ainsi que la Cour de Paris (4) a approuvé la réunion du conseil de famille ordonnée par le Tribunal de Versailles pour s'éclairer sur le bien fondé d'une demande en interdiction d'une Bolivienne, bien que la loi bolivienne n'ait pas prévu cette mesure d'instruction. Par contre le Tribunal de Tunis a refusé à une Anglo-Maltaise la nomination d'un administrateur provisoire jusqu'à ce qu'il ait été pourvu par le conseil de famille à la

(1) Paris, 31 juillet 1895, *Cl.* 1896.147, S. 1899.2.105. Note de M. Audinet.

(2) Seine, 6 avril 1894, S. 1899.2.105 *ad notam*.

(3) Paris, 27 mars 1897, *Cl.* 1898.721 ; Seine, 13 février 1908, *Cl.* 1908.464 ; Seine, 17 décembre 1912, *Cl.* 1913.897.

(4) Paris, 23 mars 1899, D. P. 1900.2.21, *Cl.* 1899.791.

tutelle de son fils interdit, conformément à la loi anglo-maltaise, « attendu, en effet, que les demandes en interdiction se rattachent au statut personnel des intéressés ; attendu que si, pour instruire et juger de semblables demandes, le tribunal de céans est tenu de suivre les règles de procédure édictées par la loi française, il doit au contraire se référer à la loi personnelle du défendeur pour tout ce qui touche aux questions de fond... » (1). Et par application de la loi française, le tribunal a ordonné la publicité du jugement d'interdiction conformément à l'article 501 du Code civil.

Beaucoup plus délicate est la seconde question, celle de savoir si l'étranger interdit dans son pays, ou pourvu dans son pays d'un conseil judiciaire, peut opposer son incapacité aux tiers avec lesquels il a traité en France. L'hypothèse se présente de la façon suivante : un prodigue étranger (le cas de l'interdit est moins pratique) est assigné par un commerçant français en paiement de fournitures à lui faites. Il objecte que les commandes, ayant été faites sans l'autorisation de son conseil judiciaire, sont nulles. Ce à quoi le Français répond qu'il ignorait l'existence du conseil judiciaire dont la nomination n'avait pas été publiée en France, et que, du reste, le

(1) Tunis, 23 novembre 1891, *Cl.* 1892.966.

jugement nommant le conseil judiciaire ne peut avoir aucun effet en France tant qu'il n'a pas reçu l'exequatur.

Il y a là deux questions distinctes : celle de l'exequatur et celle de la publicité. Sur la première la jurisprudence est quasi unanime : l'exequatur est inutile (1). Cette solution est déduite de la théorie bien connue de l'effet en France des jugements étrangers statuant en matière d'état (et de capacité) ; on peut les invoquer sans exequatur : 1° parce que l'état (et la capacité) d'un étranger en France ne peuvent être autres que ce qu'ils sont dans le droit qui régit son statut personnel ; 2° parce que l'exequatur n'a d'utilité que pour des mesures d'exécution. Tant qu'on se borne à invoquer le jugement comme simple mode de preuve d'un fait, sans demander l'assistance de la force publique, l'exequatur n'a pas de raison d'être (2).

Seulement cette solution laisse entière la question de publicité. Si on avait admis la nécessité de l'exe-

(1) Tous les jugements cités dans ce chapitre sont des références à cette affirmation, au moins implicitement quand ils résolvent la question en l'omettant. Seine, 26 décembre 1882, *Cl.* 1883.54 discute la question ; Seine, 28 juillet 1921, *Cl.* 1922.670 et 12 février 1908, *Cl.* 1908.482 ont admis l'exequatur.

(2) Distinction bien posée dans Annecy, 7 mai 1884, *Cl.* 1885.438.

quatur, une publicité du jugement d'exequatur aurait pu résoudre le problème. Quant à la publicité du jugement étranger ayant nommé le conseil judiciaire, elle a donné lieu à une jurisprudence des plus singulières.

En 1885 la Cour de Paris (1) annule des acceptations de traites données par un prodigue allemand, le sieur Oppenheim, au profit du sieur Call, sans l'assistance du conseil judiciaire qui lui avait été nommé par jugement du Tribunal de Bergheim, « attendu que ce jugement, en tant qu'il régit l'état et la capacité d'Oppenheim, doit produire ses effets en France indépendamment de toute publicité spéciale et de tout ordre d'exécution émanant d'un tribunal français ». Il est bon de noter que Call était anglais, et que le tribunal le traite dans ses motifs d'« associé aux dissipations d'Oppenheim et complice ordinaire de ses prodigalités ». Il ajoute qu'il ne peut invoquer son ignorance de l'incapacité de son cocontractant, il n'avait qu'à se renseigner. On remarquera que ce motif n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de l'intérêt national, puisque le tribunal déclare qu'il y a eu légèreté : l'existence de ce motif prouve au contraire qu'on y a pensé, mais pour l'estimer inapplicable à la cause.

(1) Paris, 21 mai 1885, *Cl.* 1885.544.

La question revint sous une forme un peu différente quelques années après devant le Tribunal de la Seine. Un Anglais, le sieur Fay, demandait l'exequatur d'un jugement de condamnation qu'il avait obtenu en Angleterre contre le même Oppenheim. Le tribunal (1) le lui refusa parce que le jugement avait été obtenu sans que le conseil judiciaire ait été appelé à l'instance, ce qui était une méconnaissance de l'incapacité du prodigue. Il n'est absolument pas question de l'origine de cette incapacité ; elle paraît opposable en tous lieux, mais un motif du jugement permet un doute : « Attendu que le Tribunal de la Seine pourrait, il est vrai, être saisi utilement d'une demande en condamnation contre Oppenheim assisté de son conseil, mais que cette demande n'est formulée ni dans l'exploit introductif, ni dans les conclusions produites ». Si le conseil judiciaire n'a pas été mis en cause devant la juridiction anglaise, il est assez probable que l'acte ayant motivé la condamnation avait été fait également sans son assistance. Le Tribunal de la Seine aurait donc tenu l'acte pour valable même sans l'assistance du conseil ? La question est au moins posée.

Le pas est franchi dans l'affaire suivante encore relative à Oppenheim (il y en a eu cinq !). La veuve

(1) Seine, 19 janvier 1889, *Cl.* 1890.870.



Lalandre demandait le paiement d'un billet de 5.000 francs souscrit par Oppenheim sans l'assistance de son conseil. Sa demande fut accueillie par le Tribunal de la Seine, attendu « qu'Essex ès-qualité (le conseil) ne peut établir que la décision du tribunal prussien ait été publiée en France ». La Cour (1) confirma par adoption de motifs. Cette fois le co-contractant était une Française.

Mais cette doctrine en apparence simple que le jugement non publié n'a pas d'effets en France, parce que les tiers n'ont aucun moyen de le connaître, répugne visiblement à la jurisprudence qui, par ailleurs, trouve évidemment équitables les résultats auxquels conduit ce système. Cette discordance a produit les deux solutions bizarres rendues en dernier lieu contre Oppenheim. La première est un jugement du Tribunal de la Seine rendu le 28 février 1893 (2). L'argument du défaut de publicité est écarté sans hésitation « parce que les articles 501 et 897 du Code de procédure civile qui prescrivent la publication de ces jugements d'interdiction ou de conseil judiciaire n'édicte aucune sanction pour les cas où cette publication ne serait pas faite, et ne font pas de l'observation des formalités qu'ils pour-

(1) Paris, 23 mars 1890, *Cl.* 1891.493.

(2) *Cl.* 1893.860.

suivent la condition *sine qua non* de l'efficacité de l'interdiction ou de la dation d'un conseil judiciaire ». Et par application de cette doctrine, le tribunal déclare nulle la procédure engagée par défaut contre Oppenheim seul, et remise en cause sur opposition d'Oppenheim et intervention régulière de son conseil. Mais le tribunal ajoute que les fournitures faites ont évidemment profité à Oppenheim, en conséquence il condamne son conseil ès-qualité, et lui-même en tant que de besoin, à payer aux fournisseurs, les consorts Jenkinson, ce qui leur est dû.

Ce résultat est déjà assez surprenant, après la doctrine développée dans les motifs, mais il en a amené un autre qui verse dans l'arbitraire le plus complet. On le trouve dans la dernière affaire Oppenheim. Il était assigné cette fois par un carrossier français, le sieur Pilon. Régulièrement, celui-ci mit en cause le sieur Imbert, nouveau conseil judiciaire nommé à Oppenheim par jugement du Tribunal de la Seine du 11 mai 1894. On voit déjà un résultat de cette jurisprudence inconsistante : la famille étrangère est obligée de faire nommer un conseil judiciaire en France pour être sûre que l'incapacité du prodigue y sera sanctionnée ; c'est une justice peu économique ! On peut du reste se demander quelle est la légalité d'un jugement qui nomme un conseil judiciaire à un individu alors qu'il en a déjà un offi-

ciellement, puisqu'aux yeux de nos magistrats le jugement étranger a, en ces matières d'état et de capacité, la valeur d'un fait qui s'impose sans discussion. D'autre part, en l'espèce, l'existence d'un conseil judiciaire français ne supprimait pas le procès, parce que celui-ci roulait sur des actes passés antérieurement à la nomination du conseil.

Ces actes étaient des commandes faites par Oppenheim au sieur Pilon, carrossier, sans l'autorisation de son conseil. Le tribunal déclara « qu'une décision d'un tribunal étranger comme celui de Berghem en l'espèce produit de plein droit ses effets en France, en ce qui concerne l'incapacité du prodigue, sans qu'il soit nécessaire, la loi française n'en imposant nulle part l'obligation, que le jugement eût été l'objet d'une publicité spéciale ». On s'attendrait à voir en conséquence le sieur Pilon débouté de sa demande, mais il n'en est rien, Oppenheim est condamné. Et pour quelles raisons ? Le tribunal paraît plutôt embarrassé, car il recourt aux considérations les plus variées : ces dépenses n'étaient que de simple administration, Oppenheim n'en est pas ruiné, il lui reste plus d'un million de marks, ses commandes lui ont profité... Ces développements sentent un peu le « bon juge » de Château-Thierry, mais ils en prennent tout à fait l'allure quand le tribunal conclut que, toutefois, Pilon ayant vraiment

exagéré certains prix, Oppenheim ne lui paiera que 3.514 fr. 14 sur les 4.685 fr. 30 qu'il lui doit (1).

Une jurisprudence aussi hésitante sur ce qu'elle pensait et voulait, ne pouvait qu'aller de contradiction en contradiction. En 1906, la Cour de Bordeaux (2) confirme un jugement du Tribunal de Bordeaux ayant condamné un prodigue allemand, le sieur Schwarzbach-Marsdorf, à payer les 6.580 francs qu'il devait à son dentiste, bien qu'il eût été assigné sans son conseil judiciaire nommé par jugement du Tribunal de Haynau, « attendu que la décision du 18 juillet 1895, qui avait frappé Schwarzbach-Marsdorf de cette incapacité n'avait reçu aucune publicité en France »... « qu'il suit de là que Landau, dans son entière ignorance de l'exacte situation de Schwarzbach, n'avait commis aucune imprudence ou négligence... ». C'est l'argument de l'intérêt national qui est invoqué grâce à l'absence de publicité.

Mais le Tribunal de commerce de Marseille décide l'année suivante qu'un prodigue pourvu à l'étranger d'un conseil judiciaire ne peut être actionné en France que si le conseil judiciaire est mis en cause (3).

(1) Seine, 30 juin 1894, *Cl.* 1895 403

(2) Bordeaux, 11 avril 1906, *Cl.* 1906.1119, D. P. 1908. 2.78, *Revue de droit international privé*, 1907, p. 577.

(3) Com. Marseille, 14 octobre 1907, D. P. 1908 5.27, *Cl.* 1909.1056.

L'argument de l'intérêt national est seul invoqué, sans allusion au défaut de publicité, dans un arrêt de la Cour de Lyon du 30 avril 1907 condamnant un prodigue suisse à payer ses dettes (1).

Inversement en 1910 la Cour de Paris (2) juge qu'on ne peut annuler un jugement de condamnation obtenu contre un interdit dont l'interdiction, prononcée par le Tribunal du Caire, n'a été publiée en France que quand l'affaire était en état aux termes des articles 342 et 343 du Code de procédure civile.

De sorte que finalement on ne sait même plus si la publicité en France du jugement rendu à l'étranger est nécessaire ou non pour que ce jugement soit opposable aux tiers en France : la négative paraissait résulter des premières décisions, mais elle conduisait à des résultats si absurdes que la jurisprudence n'a pas su si elle devait biaiser avec les conséquences du principe, ou au contraire abandonner le principe lui-même.

Cette hésitation paraît d'autant plus singulière que la question paraît bien résolue expressément par un texte, l'article 501 du Code civil. Ce texte était primitivement rédigé comme il suit : « Tout arrêt ou

(1) *Cl.* 1908.146, *Revue de droit international privé*, 1907, p. 630.

(2) Paris, 10 novembre 1910, *Cl.* 1911.905, *Revue de droit international privé*, 1911, p. 653.



jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement ». La loi du 16 mars 1893 a ajouté trois alinéas à cet article : Le premier prévoit la publicité du jugement au lieu de naissance de l'interdit ou du prodigue, et règle les formes et délais de cette publicité ; le second est ainsi conçu : « A l'égard des individus nés à l'étranger, les décisions seront mentionnées dans les mêmes formes et délais sur un registre tenu au greffe du Tribunal de la Seine ».

Quelles objections peut-on faire valoir contre l'application de ce texte aux jugements rendus à l'étranger ? Nous n'en avons rencontré qu'une dans le seul jugement qui ait discuté la question, à savoir le jugement rendu par le Tribunal de la Seine en 1893 dans l'affaire *Jenkinson contre Oppenheim* (1). Quelle est cette objection ? C'est que les articles 501 du Code civil et 897 du Code de procédure civile, « qui prescrivent la publication de ces jugements d'interdiction ou de conseil judiciaire, n'édicte aucune sanction pour le cas où cette publication ne serait pas faite ». L'objection est matériellement

(1) Ci-dessus, p. 258.

inexacte puisque l'alinéa 4 ajouté par la loi du 16 mars 1893 à l'article 501 prévoit précisément une amende de 50 francs aux avoués et greffiers qui auraient omis cette publication ; « sans préjudice, ajoute-t-il, de tous dommages-intérêts », ce qui est déjà beaucoup plus intéressant. Mais l'intention du tribunal, en formulant cette objection, était évidemment tout autre : il voulait dire que la publicité prévue par l'article 501 ne l'était pas à peine de nullité de l'interdiction ou de la nomination du conseil ; qu'en conséquence, l'absence de publicité ne pouvait avoir aucune influence sur l'opposabilité aux tiers du jugement étranger.

Telle est la seule objection qu'ait faite explicitement la jurisprudence à l'application de l'article 501. Elle aurait pu en faire une autre : les auteurs de l'article 501 ne pensaient qu'aux jugements rendus par les tribunaux français. Nous répondrons que le fait n'est pas prouvé, que les termes de l'article 501, en tous cas, permettent parfaitement l'autre interprétation et que son esprit n'est pas douteux : il veut protéger les tiers contre les surprises résultant de la découverte d'une incapacité ; l'interprétation que nous défendons est donc aussi conforme à la lettre qu'à l'esprit du texte.

Quant à l'objection de la jurisprudence, sa réponse se trouve dans la jurisprudence elle-même : si nous

admettons la possibilité (sinon l'obligation, faute de sanction) de procéder à la publicité prévue par l'article 501, le Français traitant avec un étranger suspect de prodigalité ou d'interdiction n'aura qu'à se renseigner au greffe du Tribunal de la Seine ; si on lui remet un extrait négatif du registre, il aura véritablement le droit de soutenir qu'il a traité « sans légèreté ni imprudence », et la jurisprudence de l'intérêt national s'appliquera à lui d'autant mieux que cette application a déjà été faite et que, cette fois, ce sera bien l'ignorance d'un pur fait derrière laquelle il se retranchera pour protester de sa bonne foi et réclamer son dû. Inversement si les parents du prodigue ou de l'interdit veulent sauvegarder les intérêts familiaux, il leur suffira de prier un avoué de Paris de faire le nécessaire au greffe : la mention portée, ils auront le droit le plus strict de répondre à toute demande en paiement : l'incapacité est opposable, il était facile de se renseigner.

Pour respecter l'article 501, il convient d'observer que pour un étranger interdit à l'étranger, ou pourvu d'un conseil judiciaire à l'étranger, mais né en France, la publicité devrait être faite au greffe, non du Tribunal de la Seine, mais de celui de son lieu de naissance. Ce n'est du reste pas une complication : la démarche ne serait pas plus compliquée que s'il s'agissait d'un Français, et si l'étranger a faussement

affirmé être né à l'étranger pour que son cocontractant se fie au certificat négatif obtenu au greffe du Tribunal de la Seine, il y aura là un dol qui rendra l'incapacité inopposable.

La question de la publicité ainsi réglée, nous pouvons envisager celle de l'exequatur. La distinction entre les actes d'exécution supposant l'exequatur et les effets du jugement ne nécessitant pas le recours à la force publique, donc pouvant être sanctionnés sans exequatur, paraît bien admise aujourd'hui (1) : cette distinction semble logique et ne supprime pas tout contrôle de la décision étrangère dans le cas où il n'y a pas exequatur : quand on l'invoquera devant le juge, celui-ci critiquera la décision invoquée comme en droit interne il critique la portée des faits allégués à l'appui d'une demande ; si la décision lui paraît irrégulière, soit quant à la forme, soit quant à la loi applicable, ou contraire à l'ordre public, il refusera d'en tenir compte.

La solution paraît donc défendable en droit comme en fait : son seul inconvénient pratique est qu'elle peut laisser planer une incertitude sur la valeur qu'aura la décision étrangère aux yeux du juge français jusqu'au premier procès qui lui donnera l'occasion de l'apprécier, alors que par une demande

(1) Bartin, *Le jugement étranger considéré comme un fait*, Cl. 1924.857 ; Pillet et Niboyet, *Manuel*, n° 628 et suiv.

d'exequatur on eût été fixé tout de suite, mais l'inconvénient ne vaut-il pas l'économie de temps et d'argent que représente la dispense d'exequatur ?

Seulement le point curieux est que la jurisprudence a été amenée à ce résultat par une idée toute différente de celle qui nous paraît la justification de sa solution. Elle invoque sans doute la distinction entre les actes d'exécution et les autres effets des jugements pour déclarer l'exequatur inutile, mais ce n'est qu'un argument : l'idée décisive à ses yeux (1) est qu'un Allemand déclaré prodigue par un tribunal allemand est aussi bien prodigue en France qu'en Allemagne, parce que l'état d'une personne la suit en tous lieux ; cette idée de la persistance de l'état d'une personne, de sa réalité objective, pourrait-on dire, paraît si ancrée et naturelle que les juges se bornent à affirmer que l'état d'une personne est fixé par sa loi nationale sans même ajouter qu'il ne dépend par conséquent pas du juge français de nier cet état puisqu'il existe objectivement ; il n'y a qu'à constater que cet Allemand est mineur ou interdit.

Mais on voit l'assimilation singulière que comporte cette affirmation : c'est celle du jugement étranger à la loi étrangère. Ainsi quand on dit que

(1) V. les motifs des décisions citées dans ce chapitre.



le statut personnel des étrangers est régi par leur loi nationale, la loi nationale comprendrait non seulement les textes législatifs, mais l'application de ces textes par les tribunaux. Grammaticalement c'est difficile à admettre, mais juridiquement les difficultés ne sont pas moindres : si un Allemand est interdit par un tribunal anglais conformément à la loi allemande, cette décision s'imposera-t-elle en France au même titre que celle qu'aurait rendue un tribunal allemand ? La solution pratique ne fait aucun doute : la décision anglaise aura la même valeur que la décision allemande du moment qu'elle sera régulière, aura appliqué la loi compétente, et ne heurtera pas l'ordre public français, mais la décision allemande aurait subi le même contrôle quand on l'aurait invoquée devant le tribunal français. On ne peut tout de même pas dire que la « loi allemande » est une expression qui englobe les décisions anglaises appliquant la loi allemande ! En réalité il y a, comme on l'a dit (1), une confusion entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle : de ce que la loi allemande est applicable à un rapport de droit, on a conclu que les décisions des tribunaux allemands sur ce rapport de droit s'imposent sans exequatur. C'est une erreur certaine, mais sans conséquences,

(1) Pillet et Niboyet, *Manuel*, n° 629.

puisqu'on aura tout de même recours à l'exequatur s'il faut faire appel à la force publique et que la distinction rappelée plus haut aboutit au même résultat.

Il y a tout de même une conclusion à tirer de cette idée erronée, parce qu'elle a des racines profondes dans notre droit. Nous avons vu (1) que l'ancien droit avait déjà fait l'assimilation de la loi et des décisions rendues par le juge du pays régi par la loi. C'était assez explicable en un temps où les pouvoirs étendus du juge le rapprochaient à beaucoup d'égards du législateur (mais le danger de la confusion de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle n'en existait pas moins). Aujourd'hui, il n'est plus possible en France de se méprendre sur les rôles du législateur et du juge. Il semble qu'on les confonde quand il s'agit des lois étrangères et des jugements étrangers. Y aurait-il là une manifestation nouvelle de l'idée que la loi étrangère étant un pur fait s'assimile au jugement étranger, pur fait également, et invoqué comme tel (2), tant qu'il n'a pas été revêtu de l'exequatur ?

L'idée existe peut-être, mais ce n'est pas elle qui détermine la solution. La solution est déterminée

(1) Ci-dessus, p. 34 et suiv.

(2) V. l'article de M. Bartin cité ci-dessus, p. 266 en note.

par la conception sincère et objective que se font nos magistrats du statut personnel ; cette conception leur a fait respecter des décisions étrangères dans des cas où ils auraient peut-être pu s'en abstenir, mais elle est assurément une garantie de solidité pour la construction du droit international privé.

## CHAPITRE III

### LES FEMMES MARIÉES.

La femme française, en se mariant, est frappée d'une incapacité vivement critiquée à l'heure actuelle par certains (1). La femme mariée étrangère, au contraire, fait-on ressortir, pour accentuer la critique, jouit, en général, d'une liberté beaucoup plus grande (2). Dans ces conditions, comment parler d'un effort de la jurisprudence pour écarter la loi étrangère dans une hypothèse où son application est bienfaisante, puisqu'elle aboutit à valider des actes accomplis par une femme qui serait incapable de les faire si on lui appliquait la loi française ?

La portée de l'objection est que la jurisprudence de l'intérêt national n'a pratiquement pas de rôle à jouer en ce qui concerne les femmes mariées. Et encore est-il possible de signaler le cas de la femme séparée de corps, qui peut avoir d'après une loi étrangère une capacité moindre que d'après la loi fran-

(1) V. par ex. : Colin et Capitant, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 614.

(2) *Ibid.*, p. 620.

çaise, puisque, depuis la loi du 6 février 1893, la Française séparée de corps redevient pleinement capable, quoique restant mariée. Nous en avons vu un intéressant exemple dans l'affaire Fiocca (1), et nous avons montré ailleurs comment la solution adoptée dans cette affaire aurait pu fournir un excellent appui au système de l'intérêt national (2).

Mais il y a dans la capacité de la femme mariée un élément très important qui n'existe pas pour les mineurs et les prodigues ou les interdits : c'est le régime matrimonial qui peut modifier considérablement la capacité de la femme mariée. Or on sait que le régime matrimonial, d'après la jurisprudence française, est soumis à la loi présomptivement choisie par les parties : cette solution aboutit fréquemment à faire appliquer la loi française, puisque les étrangers qui saisissent nos tribunaux de litiges intéressant leur capacité sont en général installés en France, et que cette circonstance incline fortement les magistrats à présumer qu'ils se sont référés à la loi française pour leur régime matrimonial. La capacité de la femme mariée va donc se trouver dans bien des cas soumise pour partie à sa loi nationale et pour partie à la loi française.

C'est un fait très important, mais qui ne nous

(1) Ci-dessus, p. 196 et suiv.

(2) Ci-dessus, p. 244.



retiendra pas, parce que pratiquement il ne s'est pas posé de questions intéressantes pour nous à ce propos : il semble que la discrimination entre les matières relevant du régime matrimonial et celles qui relèvent de la loi personnelle ait été assez facile, car il y a peu de décisions sur la question, et les rares qu'on rencontre ne paraissent pas avoir exploité cette distinction en faveur de la loi française : ainsi le Tribunal de la Seine (1), saisi d'une demande en nullité d'un bail consenti par une Russe mariée sous le régime dotal adopté dans un contrat de mariage passé en France, prononça cette nullité en vertu des clauses du contrat de mariage, bien que le locataire ait conclu à la validité du bail par application de la loi russe qui, régissant le statut personnel de la baille-resse, lui conférait la capacité nécessaire pour passer le bail sans autorisation maritale. La solution est inattaquable. Un autre jugement du Tribunal de la Seine a fait une discrimination beaucoup plus délicate : deux époux anglais avaient adopté par contrat de mariage la communauté légale française ; le divorce ayant été prononcé, la femme refusa de payer des dettes qu'elle avait contractées avant le divorce, sous prétexte qu'elle les avait contractées sans l'autorisation maritale qu'impliquait son régime matri-

(1) Seine, 16 juillet 1910, *Cl.* 1911.222, *Revue de droit international privé*, 1911, p. 379.

monial ; les créanciers soutenaient que la femme mariée anglaise s'engage valablement sans autorisation ; le tribunal jugea (1) que la femme mariée anglaise était en effet capable, de par son statut personnel, de s'engager sans autorisation, mais qu'il n'en fallait pas moins respecter le régime matrimonial adopté par les époux, en l'espèce la communauté, c'est-à-dire n'accorder d'action aux créanciers que sur la nue propriété des propres de la femme tant que la communauté n'était pas dissoute.

Abstraction faite de la référence, expresse ou présumée, à la loi française, celle-ci pourrait encore intervenir par les dispositions de la loi du 13 juillet 1907. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence sur la question, ce qui s'explique, puisque, même en droit interne, cette loi, si importante au point de vue des principes, est pratiquement peu appliquée. Doit-on la considérer comme d'ordre public au sens du droit international privé ? Il nous semblerait raisonnable de répondre affirmativement si son application était nécessaire pour empêcher un mari étranger de réduire sa femme à la misère. Mais, en ces matières, forger des hypothèses est assez vain : ont seuls de la valeur les cas concrets qui se sont présentés en fait ; or, il n'y a pas de jurisprudence sur la question.

(1) Seine, 10 février 1893, *C.* 1893.530.

La loi française peut encore régir la capacité de la femme mariée étrangère à titre de *lex rei sitæ*, dans l'hypothèse du régime dotal : un régime dotal réglé par une loi étrangère ne peut frapper un immeuble français d'une inaliénabilité plus étendue que celle qu'admet la loi française (1) : il y a là une influence purement négative, et qui se rattache à l'ordre public : la libre circulation des biens est trop indispensable au crédit public pour que nous puissions y admettre des exceptions plus étendues que celles qu'organise la loi française, mais tant que l'inaliénabilité établie par la loi étrangère est moins stricte que celle du régime dotal français, la loi étrangère s'applique (2).

Ceci posé, il s'est tout de même présenté des hypothèses où, à propos de la femme mariée, on a été amené à ne tenir compte de la loi étrangère que dans une mesure beaucoup moins stricte que celle qu'on aurait attendue. Elles se rattachent à deux points : 1° L'autorisation maritale ; 2° Le mandat tacite. Nous allons examiner ces deux points dans les deux sections de ce chapitre.

(1) M. Martin à son cours de doctorat, 1927-1928.

(2) Seine, 16 mars 1899, *Cl.* 1899.744 ; Paris, 10 décembre 1901, *Cl.* 1902.314.

## SECTION I

**L'autorisation maritale.**

Savoir si une femme mariée a besoin de l'autorisation maritale pour faire un acte donné est évidemment au premier chef une question de capacité, donc de statut personnel, à régler par la loi nationale. C'est très clair. Et pourtant il s'est posé à propos de cette règle si simple un problème des plus délicats, et qui dépasse de beaucoup la question elle-même. Il a donné lieu à quatre arrêts de Cours d'appel, qui se sont prononcés deux à deux en sens contraires. Nous croyons préférable de citer d'abord les arrêts, plutôt que de formuler tout de suite le problème de manière abstraite.

En 1844 la Cour de Bastia (1) rendit un arrêt dans les motifs duquel on lit : « Attendu que la dame Louise P..., native des Etats de Sardaigne, est étrangère, qu'il n'est pas justifié qu'elle est mariée,... qu'en admettant même qu'elle soit mariée on ne saurait lui appliquer les dispositions du Code civil relatives à l'autorisation nécessaire aux femmes mariées pour ester en jugement, dès qu'il n'est pas établi que d'après les lois en vigueur dans son pays,

(1) Bastia, 16 février 1844, D. P. 1844.2.63, S. 1844.2.663.

la dame P... aurait besoin de l'autorisation matrimoniale ».

En 1890, la Cour de Rennes (1) ayant à résoudre la même question déclare : « Attendu qu'aux termes généraux et formels des articles 215 et 218 du Code civil la femme, même séparée de biens, ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari ou, sur le refus de celui-ci, sans l'autorisation du juge ; ...que la dame Picot, qui est de nationalité étrangère, ne justifie point qu'elle soit dispensée par le statut personnel qui la régit d'obtenir pour ester en justice une autorisation ». La solution est exactement l'inverse : à la femme mariée étrangère de prouver que sa loi nationale la dispense d'autorisation pour agir.

La Cour de Dijon en 1909 (2) revient à la doctrine de l'arrêt de Bastia dans une affaire Mentzer contre Lécivain : « Attendu qu'évidemment au point de vue de la législation française l'intimée, femme mariée (la dame de Mentzer), ne pourrait être considérée comme régulièrement autorisée à ester en justice ; mais attendu qu'il n'est pas contesté par les mariés Lécivain que la dame de Mentzer, mère de la dame Lécivain, ne soit par son second mariage devenue Suédoise ; attendu que les mariés Lécivain,

(1) Rennes, 7 février 1890, *Cl.* 1891.209, *D. P.* 1891.2.180.

(2) Dijon, 24 juin 1909, *Cl.* 1910.545, *Revue de droit international privé*, 1909, p. 227.



demandeurs à l'exception qu'ils ont soulevée contre l'action de l'intimée, avaient la charge de prouver, ce qu'ils ne font pas, que par son mariage la dame de Mentzer est devenue incapable d'agir sans l'autorisation de son mari ou de justice ».

Mais la Cour de Paris en 1913 (1) adopte, elle, la solution de la Cour de Rennes : elle juge que quand une femme mariée russe veut agir devant un tribunal français, c'est à elle de prouver que sa loi nationale la dispense d'autorisation maritale.

On voit clairement les deux thèses en présence. A première vue le problème paraît se réduire à une saine interprétation de la règle *actori incumbit probatio*. Il va en réalité beaucoup plus loin. Toute la question vient de ce que la preuve de la loi étrangère est, par hypothèse, impossible à apporter. Les décisions constatent que la partie sur laquelle elles rejettent le fardeau de la preuve « ne justifie pas » de la disposition de loi étrangère dont on voudrait la preuve : c'est que le droit étranger en la matière est obscur ou incertain, ou que la valeur du litige ne comportait pas les frais de consultations ou de recherches convenables.

Alors se pose la vraie question : puisqu'on ne peut pas appliquer la loi étrangère, faute de rensei-

(1) Paris, 6 février 1913, *Revue de droit international privé*, 1913, p. 833.

gnements suffisants sur sa teneur, quelle solution vait-on appliquer ? Nous avons vu les deux réponses : 1° Appliquer les textes de la loi française sur la femme mariée, c'est-à-dire réputer l'étrangère incapable d'agir sans autorisation ; 2° Dire : tout individu est présumé capable jusqu'à ce qu'on ait prouvé qu'il ne l'est pas. Comment le prouver ici ? En apportant la preuve que la loi étrangère, seule applicable à la femme mariée étrangère, la déclare incapable. On n'apporte pas cette preuve, donc l'étrangère est réputée capable.

On voit que le problème n'est pas relatif à la charge de la preuve : il est beaucoup plus large : il s'agit de savoir pour quelles raisons les tribunaux français appliquent la loi étrangère, et ce qu'ils doivent faire en conséquence de ces raisons quand la loi étrangère est inconnue.

La première solution : appliquer la loi française, est assurément la plus simple. Mais sa justification ressemble un peu trop à la maxime de bon sens : quand on ne peut faire ce qu'on veut, on fait ce qu'on peut ; le juge applique la loi française parce qu'il ne sait comment faire autrement, puisque la loi étrangère est impraticable.

La seconde solution est plus séduisante en ce qu'elle s'appuie sur un raisonnement au lieu d'être une simple affirmation. Mais ce raisonnement n'est-il

pas une duperie ? Ne consiste-t-il pas à appliquer les principes du droit français jusqu'à un certain point, puis s'arrêter sans qu'on sache trop pourquoi ? Il semble bien que la différence entre les deux solutions consiste en ce que la première applique la loi française jusqu'au bout, tandis que la deuxième, après s'être appuyée sur l'article 1123 du Code civil relatif à la présomption de capacité, refuse de tenir compte des articles 215 et suivants établissant l'incapacité de la femme mariée. Si la première solution est arbitraire en tant qu'elle applique la loi française sans dire pourquoi, la seconde l'est doublement, puisque, après avoir eu recours à la loi française, elle l'abandonne sans donner plus de raisons à cet abandon qu'à ce recours.

Il semble pourtant que la seconde solution est la plus juridique. Mais cette préférence suppose qu'on a pris parti entre deux conceptions profondément différentes du droit international privé. La première conception, qui commande la première solution, voit dans le droit international privé un conflit de souverainetés : les différents Etats jugent que pour l'harmonie et la justice de leurs rapports, il est utile de laisser à la loi d'une autre souveraineté que la leur la solution de certains litiges, dans lesquels des personnes ou des biens étrangers sont intéressés. La conséquence de cette conception est que si la souve-

raineté à laquelle on cède la place, n'en veut pas, vous la rend, ou la prend : c'est le renvoi. Et de même si la souveraineté, à laquelle on offre de résoudre le litige, ne peut pas le résoudre parce que sa loi est muette, obscure ou inconnue, il ne reste plus qu'à prendre soi-même la place qu'on lui offrait. Dans cette conception du « conflit de souverainetés », il est clair que la souveraineté qui offre, pour résoudre le conflit, à l'autre souveraineté de juger le litige, le jugera elle-même si la souveraineté à laquelle elle l'a offert ne veut pas ou ne peut pas assumer ce rôle.

La seconde conception nous paraît correspondre beaucoup mieux à la réalité des faits. Un problème de droit international privé n'est pas un conflit de souverainetés, il est un conflit entre deux particuliers résolu par une souveraineté et une seule, celle dont les tribunaux ont été saisis par les deux particuliers. Cette souveraineté, par l'organe de son droit qu'appliquent ses tribunaux, résout le litige comme elle l'entend, et sans demander conseil à personne : elle se préoccupe d'atteindre la justice exactement comme quand elle départage deux plaideurs dans un litige de droit interne. Seulement la justice (au sens large) exige ici qu'on tienne compte, pour la solution du différend, de certaines dispositions d'une loi étrangère à raison de la nationalité des plaideurs, de la situation des biens intéressés, ou des circonstances

de la passation de l'acte litigieux. On ira donc consulter cette loi, mais la souveraineté qui a édicté cette loi restera totalement étrangère au procès ; si une disposition de la loi qu'elle a édictée est appliquée, ce ne sera absolument pas sur son ordre ni même pour lui faire plaisir, ce sera sur l'ordre exclusif de la souveraineté dont dépend le tribunal qui juge, et parce que cette souveraineté pense que la justice l'exige.

Les conséquences à tirer de cette conception sont les suivantes : quand la souveraineté d'un pays déclare que tel litige sera résolu compte tenu des dispositions de telle loi étrangère, il s'agit uniquement d'aller consulter la disposition visée dans la loi étrangère, et non pas du tout de céder le siège du juge à l'ensemble du système juridique étranger : c'est l'exclusion du renvoi. D'autre part, la seule souveraineté qui commande est celle dont dépend le juge, il n'y a donc que ses ordres qui constituent le droit ; si une disposition étrangère est appliquée par le juge, ce n'est pas comme constituant la volonté du législateur, qui ne l'a pas connue, et n'a pas pu songer à se l'approprier : c'est uniquement parce que la volonté du législateur est qu'on aille la consulter. Quel est son contenu ? C'est une question de fait : ce sont donc aux parties à en apporter la preuve. On reconnaît ici la solution classique de notre jurisprudence, solu-



tion qui est corroborée par une autre, à savoir l'irrecevabilité du pourvoi en cassation fondé sur l'interprétation de la loi étrangère ; on voit en même temps que l'acceptation du renvoi est en contradiction avec ces deux solutions. Nous avons, d'autre part, montré qu'une autre conséquence pouvait être déduite de l'idée que la loi étrangère est un pur fait, c'est l'opposabilité de la maxime : *nemo censetur ignorare jus* à celui qui a été victime de son ignorance de la loi étrangère.

Une quatrième conséquence peut être ajoutée aux trois qui précèdent. S'il est impossible de déterminer le contenu de la loi étrangère, il y a simplement défaut de preuve d'un fait : il suffit donc de débouter de sa demande celui qui invoquait ce fait, mais il ne s'agit absolument pas de changer la règle de droit applicable. Or la seule règle de droit applicable en l'espèce est que la capacité de la femme mariée étrangère est régie par sa loi nationale. Celui qui, se prévalant de cette règle, invoque cette loi nationale, n'arrive pas à dire ce qu'elle contient, il est donc débouté de sa demande. Mais en quoi cette circonstance qu'il n'arrive pas à faire la preuve de ce qu'il invoque peut-elle changer la règle que la femme mariée étrangère est régie par sa loi nationale et faire concéder qu'elle est régie par la loi française ?

Cette concession n'est faite que par ceux qui

admettent que la loi étrangère s'applique à titre de droit : si une règle de droit est inapplicable à une cause, on en cherche une autre ; et ici l'autre c'est la règle française à laquelle on revient avec le même empressement qu'on y revient par le renvoi quand la souveraineté étrangère ne veut pas du « cadeau » qu'on lui offre. Mais si on considère la loi étrangère comme un fait, il n'y a pas lieu de chercher une règle nouvelle : la seule règle de droit en jeu est que la capacité est régie par la loi étrangère, cette règle est, et reste, parfaitement applicable à la cause, seulement toute règle de droit suppose la maxime : *da mihi factum, dabo tibi jus* : vous ne m'apportez pas les faits, je ne vous adjuge pas vos conclusions.

On voit incidemment que cette conception se fait une idée beaucoup plus haute du droit international privé que celle qu'on nous oppose : dans un conflit il est légitime de profiter de tout avantage cédé par l'adversaire, donc l'idée de conflit de souverainetés justifie parfaitement qu'on accepte le renvoi d'un litige dont la souveraineté étrangère ne veut pas s'occuper, qu'on juge soi-même un litige que la souveraineté étrangère ne peut pas juger. Mais notre conception se place plus haut : quand une règle paraît à un législateur (ou à un juge, dans le cas du droit coutumier ou jurisprudentiel) réaliser le mieux qu'il se peut la justice, il se doit de maintenir cette règle,

même si d'autres pensent différemment : s'il lui paraît juste d'appliquer la loi allemande à tel litige, peu lui importe que la souveraineté allemande renvoie à la loi française, peu lui importe que la loi allemande se prête mal, par son obscurité, ou son insuffisance, à résoudre le litige ; nous n'appliquons pas la loi étrangère par courtoisie, pour ménager nos voisins, en nous empressant de revenir à la loi française s'ils ne sont pas trop âpres à vouloir profiter de ce que nous leur offrons, c'est une conception bien pessimiste de la valeur objective des règles de droit international privé. Si on croit sincèrement qu'une règle est l'expression de la justice, on l'applique telle quelle, sans se soucier des opinions des autres ; la conviction que la règle qu'on a édictée est conforme à la justice n'est évidemment pas une preuve de cette conformité, la conception du voisin est peut-être meilleure, mais la sincérité commande d'y croire tant qu'on n'a pas de raisons décisives de changer d'avis.

Il reste tout de même à répondre à l'objection signalée plus haut : le système préconisé n'aboutit-il pas à appliquer tout simplement la loi française, mais en partie seulement, donc arbitrairement ? L'hypothèse de l'autorisation de la femme mariée permet une réponse topique à cet argument. Les arrêts qui ont débouté ceux qui invoquaient la loi

étrangère se sont appuyés, dit-on, sur l'article 1123 du Code civil pour déclarer que tout individu était réputé capable tant qu'on n'avait pas démontré qu'il ne l'était pas. Mais, en fait, les arrêts ne visent pas ce texte, et pour cause, car il est ainsi conçu : « Toute personne peut *contracter* si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Or ici il s'agit d'agir en justice. Ce n'est donc pas sur un texte qu'on s'est appuyé, mais sur un principe de notre droit, d'après lequel toute personne peut faire un acte juridique si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi, principe qui n'est écrit nulle part, et dont l'article 1123 est une application. Mais dans quelle mesure est-il propre à notre droit ? Y a-t-il un droit dans lequel les gens soient *a priori* réputés incapables ? C'est bien douteux... Ce principe n'exprime-t-il pas plutôt une idée de bon sens ? Mais en même temps il est bien un principe de droit... Qu'en conclure, sinon qu'un principe de droit français (pris comme tel, c'est-à-dire supposé voulu, et non critiqué) est, aux yeux d'un Français, l'expression du bon sens, de la raison telle qu'elle lui apparaît ? Il ne pourra donc pas s'en défaire, et quel que soit le litige, il commencera par raisonner en Français, c'est-à-dire en passant insensiblement du raisonnement de bon sens à l'utilisation des principes de droit, jusqu'au moment où il rencontrera l'ordre formel de consulter la loi étrangère.

Ceci confirme tout simplement l'idée qu'en droit international la loi du for et la loi étrangère ne s'appliquent pas au même titre : tout juge part de sa loi, ce sont les volontés de son législateur qu'il exécute, les dispositions étrangères s'encastrent au milieu de ces volontés, et le législateur reste toujours libre, par les théories de l'ordre public et de la fraude à la loi, d'exclure ces dispositions étrangères : il n'y a donc pas combinaison des droits de deux souverainetés, il y a l'expression d'une volonté, il n'y a qu'un droit.

## SECTION II

### Le mandat tacite.

Si la femme mariée étrangère jouit en général d'une capacité plus étendue que la femme mariée française, c'est une garantie qu'elle n'opposera pas la nullité de ses actes dans des cas où un Français ne s'y attendrait pas. Mais cette arme est à double tranchant : le gros avantage de l'incapacité de la femme mariée est que, les revenus du ménage étant généralement acquis par le mari (surtout à notre époque où la fortune personnelle perd de plus en plus d'importance devant la fortune acquise), on ne fait crédit à la femme qu'en comptant sur la solvabilité du mari. Mais si le mari vient dire : « Nous sommes étrangers, et dans notre législation la femme mariée agit indé-



pendamment de son mari qui n'est en rien responsable de ses actes », le commerçant français, qui n'a plus comme débitrice qu'une femme insolvable, est dupé.

On remédie à cette situation en appliquant aux ménages étrangers la théorie du mandat tacite. Le mari est tenu comme ayant tacitement donné mandat à sa femme de s'engager pour les besoins du ménage. La question est assez pratique parce que, parmi les étrangers qui viennent en France, il y a toute une catégorie de particuliers, jouissant de grosses fortunes, pour lesquels un séjour en France, et surtout à Paris, n'est qu'un prétexte à de multiples dépenses de haute fantaisie, auxquelles le sexe faible est spécialement enclin. C'est une occasion que notre commerce de luxe exploite avec méthode en ouvrant les crédits les plus larges à des femmes derrière lesquelles il sait devoir trouver des maris qui paieront. Et en effet les espèces que nous citerons sont presque toutes relatives à des couturiers parisiens connus. Seulement il arrive que le mari refuse de payer en soutenant que sa loi personnelle l'en dispense. Alors on saisit les tribunaux.

Ils furent saisis pour la première fois en 1857. La Cour de Paris (1) avait à se prononcer sur la vali-

(1) Paris, 9 juin 1857, S. 1857.2.755.

dité d'un bail passé par une étrangère sans autorisation maritale. Elle déclara le bail valable en vertu du mandat tacite, mais pour quatre mois seulement, car les « besoins raisonnables » du ménage ne nécessitaient pas un bail plus long. La question de conflit de lois est complètement passée sous silence.

La question paraît ne plus s'être posée pendant un certain temps, mais elle est revenue à plusieurs reprises dans les dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est d'abord un arrêt de la Cour de Paris de 1894 (1), rendu au profit des époux Rimsky-Korsakoff contre le couturier Worth. Celui-ci réclamait 19.995 francs pour fournitures de robes et effets à la princesse Rimsky-Korsakoff et prétendait faire condamner solidairement les deux époux. Le tribunal le débouta de sa demande, déclarant qu'il avait en réalité accepté une novation par changement de débiteur. Mais dans ses motifs il remarque que la théorie du mandat tacite est applicable aux époux étrangers : « Attendu d'ailleurs que si le mari, sous l'empire de toutes les législations, peut, en vertu du mandat tacite, être tenu de certaines dettes de son épouse... ».

La Cour écarta l'idée de novation et condamna la princesse à payer ses dettes, mais elle mit le mari hors de cause, parce que les dépenses excédaient les besoins habituels du ménage, « quelque luxueuse

(1) Paris, 21 novembre 1894, *Cl.* 1895.622.

qu'ait été la vie des deux époux ». Elle écarte ainsi l'application du mandat tacite, mais en vertu des propres règles de cette théorie ; elle reconnaît donc qu'on peut l'invoquer : « Que, comme conséquence (de la législation russe), dit-elle en effet, le mari ne peut être rendu responsable des engagements pris par sa femme auxquels il est demeuré étranger, sauf au cas de dettes contractées par elle pour les besoins du ménage commun ; qu'au regard de ces dettes, le mari est censé les avoir autorisées, puisqu'il en profite et qu'il y a de sa part mandat tacite, ainsi que le reconnaissent généralement toutes les législations ; considérant que les dépenses de la princesse Rimsky-Korsakoff dans la maison Worth en un espace de temps limité ont été excessives... ». On voit que la Cour et le Tribunal ont été également frappés par la même idée : « toutes les législations », selon leur commune expression, connaissent évidemment le mandat tacite.

Cette idée reparaît dans les deux arrêts rendus par la Cour de Paris à l'encontre des époux Digby, de nationalité anglaise. Ceux-ci avaient été condamnés par défaut par le Tribunal de la Seine à payer les robes livrées à Mme Digby par les couturiers Redfern (1) et Garnier (2). Sur opposition, ces juge-

(1) Seine, 9 janvier 1897, *Cl.* 1897.539.

(2) Seine, 2 juillet 1897, *Cl.* 1898.363.

ments furent confirmés. Les deux jugements déclarèrent Digby tenu des dettes de sa femme en vertu du mandat tacite, comme si l'application de cette théorie aux étrangers ne faisait pas l'ombre d'une difficulté. Et ce n'était pas un simple motif, la théorie est appliquée avec soin, puisque les réclamations des couturiers sont réduites aux sommes que le tribunal juge concorder avec les besoins du ménage.

Appel ayant été interjeté par les époux Digby, la Cour maintint les deux décisions par deux arrêts identiques (1) dans lesquels on lit : « Considérant que la reconnaissance du mandat tacite, en vertu duquel la femme engage le mari pour les dépenses nécessaires au ménage, dérive de l'obligation que toutes les législations imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants ». Cette fois l'application de la théorie du mandat tacite à des étrangers a paru appeler une justification, et on a choisi exactement la même qu'en 1894.

Quelques mois après ces deux arrêts de la 7<sup>e</sup> Chambre de la Cour de Paris, la 5<sup>e</sup> Chambre de la même Cour en rendait un qui paraissait marquer une hésitation dans l'idée que la théorie du mandat tacite s'applique tout naturellement aux étrangers. Le sieur Trezza di Musella, italien, refusait de payer

(1) Paris, 17 juin 1899, *Cl.* 1900.138.

au couturier Worth les factures des commandes de sa femme ; le Tribunal de la Seine (1) l'y condamna en vertu du mandat tacite, mais en distinguant du reste suivant les commandes, car il ne pouvait avoir donné à sa femme un mandat même tacite de s'engager pour les besoins du ménage après la demande en séparation de corps qu'il avait introduite entre temps ; on voit comme la théorie est scrupuleusement appliquée. Sur appel de Trezza di Musella, la Cour de Paris (5<sup>e</sup> Ch.) (2) n'écarta pas la thèse du mandat tacite, elle confirma même le jugement, mais par les motifs suivants : « Considérant que Trezza di Musella, s'il ne doit pas être regardé comme ayant donné mandat tacite à sa femme pour les dépenses dont s'agit, sa femme étant vêtue conformément à sa situation sociale, n'en a pas moins profité, et en est débiteur en vertu de l'*in rem verso* ». La Cour ne nie pas que le mandat tacite soit applicable aux étrangers, elle émet seulement un doute sur son applicabilité à l'espèce et préfère l'*in rem verso*. Cette explication est moins intéressante pour nous, puisqu'elle nous fait passer du statut personnel où nous maintenait le mandat tacite, dans le terrain des obligations ; et comme il s'agit d'une obligation extra-contractuelle, la loi du lieu où s'est passé le fait

(1) Seine, 6 juillet 1898, *Cl.* 1900.786.

(2) Paris, 30 novembre 1899, *Cl.* 1900.786.



générateur de l'obligation lui est applicable sans discussion.

Mais l'application aux étrangers de la théorie du mandat tacite reçut, quelques années après, l'approbation, au moins implicite, de la Cour de cassation. La Chambre des requêtes (1) fut saisie d'un pourvoi qui reprochait à la Cour de Paris d'avoir annulé des acceptations de traites données par une Argentine sans l'autorisation de son mari, alors que ces acceptations payaient les dettes contractées pour les besoins du ménage. La Cour rejeta le pourvoi, mais pour un motif étranger à notre question, elle ne fit aucune objection à l'idée du mandat tacite appliqué aux étrangers.

Aussi est-elle invoquée à nouveau par les Cours et tribunaux, sans que l'hésitation de 1899 paraisse avoir eu de l'influence. En 1905 le Tribunal de la Seine (2) l'applique à des époux anglais poursuivis par le couturier Dœuillet, en déclarant du reste que les commandes excédaient les besoins du ménage, mais il ne justifie pas l'application qu'il fait du mandat tacite.

La théorie réapparaît, avec justification de son emploi cette fois, dans un arrêt de la Cour de Paris

(1) Req., 30 décembre 1902, S. 1903.1.260.

(2) Seine, 9 juin 1905, D. P. 1905.5.26, Cl. 1905.1040, *Revue de droit international privé*, 1907, p. 191.

de 1907, confirmant par adoption de motifs un jugement du Tribunal civil de la Seine (1) qui condamnait le prince et la princesse Kotschoubey à régler la note de 9.500 francs réclamée par le couturier Beer. « Attendu que si, en raison de son statut personnel, le mari n'est pas tenu des dettes de sa femme, il en répond en vertu du mandat tacite adopté par *toutes les législations*, lorsque les époux habitent en commun, et lorsqu'il s'agit des dettes relatives aux besoins du ménage ». Nous retrouvons la justification exactement dans les mêmes termes. Cette fois d'ailleurs la dette est déclarée proportionnée aux besoins du ménage, et la Cour, après avoir adopté les motifs du tribunal, ajoute que « Kotschoubey... a profité de ces dépenses en accompagnant partout sa femme revêtue des toilettes qu'elle a commandées ».

Par contre le Tribunal de la Seine jugea l'année suivante (2) qu'une note de 91.000 francs, présentée par le même couturier Beer au prince et à la princesse Yourewsky, excédait véritablement les besoins du ménage, quelque aristocratique qu'il fût. Les diverses conséquences de la théorie du mandat tacite sont discutées dans le jugement, mais il n'est pas question de justifier son emploi à propos d'étrangers.

(1) Seine, 10 avril 1907 et Paris, 5 novembre 1907, *Cl.* 1908. 478, *Revue de droit international privé*, 1907, p. 632.

(2) Seine, 17 juin 1908, *Cl.* 1909.476.

La Cour fut d'avis que, les époux Yourewsky étant tenus à la vie de cour, les dépenses de la princesse étaient parfaitement conformes aux besoins du ménage, mais on ne sait si elle justifie sa solution sur le point qui nous intéresse, car son arrêt est donné par une note du *Temps* qui ne nous rapporte pas les motifs (1).

En somme, cette jurisprudence est parfaitement nette : la théorie du mandat tacite s'applique aux étrangers avec toutes les conséquences qu'on en a déduites pour les Français. La seule différence entre les décisions est que les unes ne justifient pas cette solution tant elle leur semble naturelle, tandis que les autres cherchent une justification qui est partout la même : la théorie du mandat tacite est évidemment admise par toutes les législations.

Sans cette justification, on pourrait croire à une application de l'ordre public : l'article 214 du Code civil, en obligeant le mari à fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » (si on admet ce fondement de la théorie du mandat tacite), édicterait une disposition d'ordre public applicable aux étrangers comme aux Français. Mais il n'en est rien : l'ordre

(1) Paris, 24 mai 1911, *Le Temps*, 26 mai 1911, *Cl.* 1918. 958.

public n'est pas invoqué. C'est même le contraire de l'ordre public : au lieu de dire que la loi française est seule à posséder une institution sans équivalent dans les autres législations et indispensable à l'ordre public, on déclare que l'institution en question existe partout.

On pourrait aussi dire que ce mandat tacite n'est jamais qu'un raisonnement, et non pas une institution légale, et qu'on raisonne aussi bien sur des époux étrangers que sur des époux français. Cette explication prouverait tout simplement ce que nous avançons dans la section précédente (1), à savoir qu'on passe insensiblement du raisonnement de bon sens au raisonnement qui utilise les principes de droit, car enfin le mandat tacite est tout de même fondé sur des principes relatifs aux rapports des époux entre eux, principes qui peuvent être différents dans un droit étranger.

En tous cas l'explication ne vaut rien pour les décisions (et ce sont les plus importantes) qui se sont justifiées. Leur justification est exempte de toute équivoque : elles appliquent la loi étrangère. Mais pourquoi cet argument singulier que « toutes les législations » admettent la théorie ? au lieu de dire : « la loi russe (si c'est la loi russe qui est en jeu) admet la théorie » ? C'est qu'évidemment la preuve nor-

(1) Ci-dessus, p. 286.

male du contenu de la loi russe s'est heurtée à des difficultés : absence de texte formel, jurisprudence obscure ou indécise. Alors en quoi consiste la preuve dont la Cour se contente ? En une présomption de l'homme : le mari doit pourvoir aux besoins du ménage, la théorie du mandat tacite sanctionne ce devoir, toutes les législations sanctionnent ce devoir, donc toutes les législations connaissent la théorie du mandat tacite. Ce raisonnement répond tout à fait à la définition de l'article 1349 du Code civil : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

Seulement cette constatation nous ramène à l'idée fondamentale que la loi étrangère est un pur fait : on ne prouve pas le droit par des présomptions ! Et l'article 1349 nous dit lui-même : « à un *fait* inconnu ». Or il y a bien ici une présomption : le fait connu est que le mari doit pourvoir aux besoins de son ménage, et le *fait* inconnu, c'est la loi étrangère.

Et alors on peut voir que cette preuve de la loi étrangère par présomption aboutit en réalité, non pas à substituer la loi française à la loi étrangère, mais, sous couleur d'appliquer la loi étrangère, à raisonner avec les principes juridiques français. Il y a là un intermédiaire entre l'application de la loi étrangère connue sans équivoque et l'application pure et simple de la loi française.





## CONCLUSION

---

Cette étude nous a montré un cas particulier d'une tendance générale : la tendance générale à appliquer le plus possible la loi française, examinée dans le cas particulier de la capacité. Les conclusions qu'on en peut tirer visent donc d'abord le point précis de l'application de la loi nationale à la capacité, et ensuite la question générale de la tendance à faire prévaloir la loi française.

Le premier point pose une difficulté très ancienne, comme nous l'avons vu dans notre première partie, parce qu'elle tient à la notion même de capacité, notion liée d'un côté à l'état des personnes, et de l'autre au commerce juridique le plus quotidien. La loi applicable à l'état des personnes, la loi personnelle, répond d'abord à un besoin de stabilité : on ne doit pas pouvoir changer d'état en passant une frontière ; la loi nationale est celle qui répond le mieux à ce besoin, puisque, même aujourd'hui, on change moins facilement de nationalité que de domicile. Les questions de capacité générale s'accommodent de la loi nationale du fait qu'elles sont intimement liées

à l'état des personnes, et encore, même pour elles, commence-t-on à rencontrer des obstacles, que nous avons indiqués dans notre troisième partie ; le plus typique est la jurisprudence de l'intérêt national : on y voit à merveille comment la capacité, même générale, intéresse directement les relations de l'individu avec les tiers et qu'il y a un inconvénient manifeste à ne pas appliquer la loi connue à la fois de l'individu et des tiers, c'est-à-dire la loi du lieu où ils se trouvent. L'inconvénient devient patent dans le cas des incapacités spéciales où le lien avec l'état des personnes est tellement plus lâche que la stabilité nécessaire à l'état, et réalisée par la loi nationale, apparaît infiniment moins intéressante à sauvegarder que la sécurité du commerce juridique ; or, cette sécurité s'accommode beaucoup mieux de la loi du lieu où les rapports juridiques se nouent ; la loi nationale, objecte-t-on, est spécialement adaptée au tempérament de la personne, mais la loi du lieu où on vit est celle qu'on connaît, à laquelle on a peu à peu conformé ses habitudes, et que les tiers s'attendent à voir appliquer. La loi nationale garde incontestablement l'avantage de la stabilité ; quand ce caractère paraît moins indispensable à sauvegarder, on se rapproche instinctivement d'une loi analogue à celle du domicile, bien plus avantageuse pour les tiers, et qui n'est pas tellement inférieure à la loi nationale sous

le rapport de sa convenance avec le tempérament de l'étranger à la capacité duquel elle s'applique. Aussi comprend-on que la jurisprudence, comme nous l'avons vu dans notre deuxième partie, saisisse toutes les occasions d'appliquer aux incapacités spéciales la loi française, loi du lieu où les parties se trouvaient lors de la naissance du rapport juridique.

Mais cette tendance à faire prévaloir la loi française est, nous l'indiquions au début de cette étude, un phénomène commun à toutes les parties du droit. S'explique-t-il par des causes générales ?

Il y a une cause dont l'action ne paraît pas douteuse : le souci de la bonne administration de la justice ; des juges français, formés au droit français, appliquent à regret les lois étrangères, parce qu'ils ne les ont jamais étudiées. L'argument paraît misérable à beaucoup d'esprits qui semblent même éviter d'y insister de peur de paraître vouloir mettre en doute la valeur professionnelle de nos magistrats. Cette question a, quant à nous, une importance capitale, tant au point de vue pratique qu'au point de vue des fondements les plus généraux du droit international privé.

Pratiquement les difficultés que soulève la solution d'un point de droit français, pour des esprits qu'y ont rompus des années de travail et d'expérience, font penser qu'il est audacieux de demander à un magis-

trat français la solution du même point en droit hongrois ou japonais, alors qu'il n'a pas la moindre notion du système juridique hongrois ou japonais. Aussi la jurisprudence a-t-elle posé la règle qu'il incombe aux parties d'apporter la preuve du contenu de la loi étrangère ; et c'était une nécessité. Mais alors les parties apportent des certificats de coutumes, et on se représente parfaitement l'embarras des juges : quelle confiance accorder à ces certificats ? En admettant que les avocats-conseils étrangers, dont ils émanent en général, soient aussi compétents que loyaux et consciencieux, au nom de quels principes critiquer leur opinion ? Et si les certificats produits par les parties sont contradictoires, comment trancher ? Les juges ont l'impression que les décisions qu'ils rendent dans ces conditions sont mauvaises, sans sécurité, sans justification pleinement satisfaisante. Et le refus de la Cour de cassation de les contrôler au nom de principes qu'elle ignore paraît d'un bon sens inattaquable.

Ces difficultés ne signifient pas que l'application des lois étrangères en France se heurte à une impossibilité : tant que la loi étrangère consiste en un texte clair et incontesté, déterminant par exemple l'âge de la majorité, il n'y a pas de question. Mais quand la « loi étrangère » est en réalité un point de droit aussi délicat à trancher que peuvent l'être certains de ceux



qui se posent en droit français, on comprend que la jurisprudence cherche à n'appliquer cette « loi étrangère » que quand il est impossible de faire autrement. Mais, dira-t-on, la justice est faite pour les plaideurs, non pour le juge ; si le droit exige que la loi nationale des plaideurs soit appliquée, au juge de donner l'effort nécessaire pour l'appliquer convenablement. La question est de savoir si cet effort est possible : on ne se familiarise vraiment qu'avec le droit du pays auquel on appartient, et il faut pour cela des années de travail et d'expérience. Comment exiger sérieusement une connaissance, même approchée, des systèmes juridiques des innombrables pays dont les nationaux viennent en France ?

Or, est-on sûr qu'il vaille mieux pour deux Hongrois être mal jugés selon la loi hongroise qu'être bien jugés selon la loi française ? La meilleure garantie pour les plaideurs n'est pas que leur loi personnelle s'impose au juge de préférence à la sienne, mais que leur différend soit résolu sans arbitraire, c'est-à-dire au moyen de principes certains, clairement compris, et correctement appliqués. Or, en supposant même une science encyclopédique chez un magistrat français, il n'interprétera jamais aucun droit aussi judicieusement que le droit français, car dans chaque pays le droit est l'expression du tempérament de la race et du passé de la nation : il faut

participer à ce tempérament et être imprégné de ce passé par l'hérédité et l'éducation pour acquérir la maîtrise du droit qui en est issu.

On voit qu'à partir de la considération toute pratique de la bonne administration de la justice, nous arrivons à la base même du droit international privé qui peut se formuler : le progrès des relations internationales ne consiste pas, comme on le croit souvent, dans une unification des règles de droit qui méconnaîtrait la diversité des tempéraments et du passé de chaque peuple, mais dans le maintien des systèmes juridiques convenant aux différentes civilisations et assurant leur spontanéité et leur épanouissement, avec l'établissement de règles de conflits de lois permettant de tenir compte dans chaque pays des systèmes étrangers dans la mesure où la justice et l'intérêt des relations internationales l'exigent.

Cette même considération de la bonne administration de la justice nous permet d'apercevoir des conséquences politiques de l'application des lois étrangères en France. On dit parfois que cette application des lois étrangères est un danger politique parce que c'est un envahissement de notre service public de la justice par les souverainetés étrangères. Cette vue nous paraît inexacte, puisque l'application des lois étrangères en France se fait par la volonté de la souve-

raineté française seule et sans aucune intervention des souverainetés étrangères. Mais le danger politique existe dans le fait que, par l'application des lois étrangères, la justice française réserve un traitement spécial à des immigrants que nous avons tout intérêt à assimiler, étant donné leur nombre croissant. Si l'immigration était dispersée sur tout le territoire, le danger serait faible. Mais on sait qu'en fait les immigrants en France se groupent par nationalités : il y a de véritables colonies polonaises dans le Nord, italiennes dans l'Est, espagnoles dans la province d'Oran, italiennes en Tunisie. Si le fonctionnement d'un service public tient compte de la nationalité de ces éléments étrangers groupés, il établit une différence entre le groupe et les Français qui l'entourent ; or, toute notre politique consiste précisément à chercher à assimiler ces immigrants ; il faut donc éviter tout ce qui contribue à maintenir la solidarité du groupe : or l'application constante, par le tribunal du lieu, de la loi nationale du groupe maintient cette solidarité ; les immigrés connaissent la loi qui les régira tant qu'ils se marieront entre eux, traiteront entre eux, etc., ils feront venir des avocats de leur pays qui ouvriront des cabinets de consultation : c'est la constitution des minorités nationales que notre politique doit éviter.

Enfin un autre danger, très précis et incontes-

table, de l'application des lois étrangères, est l'ignorance dans laquelle se trouvent normalement les simples particuliers français du contenu de ces lois, même pour des points très simples comme l'âge de la majorité. Nous avons vu à propos de la jurisprudence de l'intérêt national qu'il n'y a pas seulement ici en jeu l'intérêt du Français, mais l'intérêt général du crédit public en France et que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes que celui de l'ignorance de la loi française.

Nous n'insisterons pas sur les cas où la loi française a prévalu uniquement en raison de ce que, en fait, la solution de la loi étrangère eût été injuste étant données les circonstances de la cause : ce sont des cas particuliers qui auraient pu être résolus en sens inverse si les circonstances avaient été différentes.

Il y a donc des raisons sérieuses de penser que l'application fréquente des lois étrangères présente des inconvénients. Mais toute la question est de savoir s'il est légitime d'admettre que ces inconvénients autorisent à changer les règles établies. S'il est prouvé que la logique, la stabilité et la sécurité des relations internationales, en un mot la justice au sens large, exigent que le statut personnel soit soumis à la loi nationale, est-il permis de rejeter

l'application de la loi nationale sous prétexte qu'elle présente des difficultés pour le juge ? Tout le but du droit est précisément de dégager des règles abstraites démontrées justes, pour qu'on puisse trancher les litiges, qui sont toujours concrets, sans arbitraire par l'application d'une règle abstraite valable pour toutes les espèces de même nature. Si on écarte une règle, bonne en elle-même, sous le seul prétexte qu'elle est gênante dans le cas considéré, l'utilité de la règle disparaît. Le statut personnel est régi par la loi nationale : s'il est démontré que cette règle est juste, ce qui n'est pas contesté au moins pour les incapacités générales, elle doit être appliquée telle quelle à tous les litiges concernant le statut personnel. Mais faire prévaloir un intérêt politique ou administratif sur une règle de justice est-il légitime ?

Il y a ici deux dangers à éviter dans la conception générale du droit international privé : pour certains esprits les règles de solution des conflits de lois sont des déductions logiques de la nature intrinsèque de chaque loi ; elles s'imposent donc avec nécessité et l'ensemble du droit international privé est une mécanique logique indéformable. On a même pensé que cet instrument était si parfait que tous les peuples en viendraient à se mettre d'accord un jour sur la valeur logique de chaque règle et qu'il y aurait ainsi un droit international privé unique. M. Bartin a



d'ailleurs lumineusement établi (1) que le jour où tous les pays auraient adopté les mêmes règles de solution des conflits, la diversité des conceptions du droit interne maintiendrait la diversité des solutions en droit international, mais on peut tout de même concevoir des règles de solution des conflits déduites avec une telle rigueur de la nature de chaque loi qu'elles s'imposent comme un système logique.

Pour d'autres esprits la solution des conflits de lois n'est pas un problème scientifique, mais un problème politique : de même qu'on légifère sur l'exportation ou l'immigration, de même on légifère sur les conflits de lois en s'inspirant des nécessités de l'heure et de la politique générale du pays ; un pays d'immigration n'a pas les mêmes règles de conflit qu'un pays d'émigration, l'un et l'autre ont des intérêts politiques différents, ils les soutiennent par des règles de conflits différentes.

On voit combien les deux conceptions sont éloignées l'une de l'autre. Nous les croyons aussi dangereuses l'une que l'autre par leur exclusivisme. Le danger de la seconde est particulièrement évident : c'est la négation du droit international privé, qui devient soumis aux fluctuations politiques, se transforme en un instrument de lutte, au lieu d'être la

(1) *Cl.* 1897, p. 225 et suiv. ; *Etudes de droit international privé*, p. 1 et suiv.

recherche de la vérité sereine de la justice, et perd donc complètement cette stabilité dans les solutions qui fait la solidité d'un droit et est la condition même de son progrès. (Qu'on compare la perfection technique acquise par le droit privé grâce à la lenteur de son évolution depuis des siècles à l'état embryonnaire de la construction du droit public dont les changements perpétuels sont aux yeux de beaucoup le signe du progrès.) En poussant à fond l'idée que les conflits de lois posent un problème politique, on en arrive à dire que les conflits ne seront pas résolus de la même façon pour tous les étrangers suivant leur nationalité : il sera peut-être judicieux de prendre vis-à-vis des Italiens des précautions inutiles vis-à-vis des Suisses. Or heureusement nous n'en sommes pas encore à ce degré de relativisme ! Sur un point cependant il semble atteint : c'est le renvoi. La capacité d'un Anglais domicilié en France est régie par la loi française en vertu du renvoi, tandis que celle d'un Italien reste régie par la loi italienne. (Aussi sommes-nous convaincus que le renvoi est une concession au système du conflit des souverainetés qui est la traduction naturelle, au point de vue technique, de l'idée de conflit politique.) Mais cet exemple montre à lui seul la faiblesse de la conception : quel intérêt *politique* avons-nous à ce que la capacité d'un Anglais en France soit régie par la loi

française ? Toute cette conception du caractère politique des conflits de lois suppose que le choix de la loi applicable a des conséquences politiques. Or nous avons montré que ces conséquences politiques existent, mais très indirectement et exceptionnellement. Il y a donc une idée exacte dans cette théorie, mais il est impossible d'en faire le fondement du droit international privé.

L'autre théorie, celle du caractère purement scientifique des règles de solution des conflits, n'est pas moins dangereuse, elle conduit à isoler le droit international privé des autres branches du droit en en faisant une espèce de mécanique dans laquelle on introduit une loi française et une loi étrangère, et de laquelle sort sans accroc la loi applicable. Le droit civil, le droit commercial, le droit administratif, cherchent les solutions de leurs problèmes respectifs en conciliant les intérêts en présence par la logique, l'utilité économique, un certain souci de continuité et le souci permanent de la justice : quelle que soit la rigueur qu'on s'efforce d'atteindre, il y a toujours une part d'appréciation personnelle des intérêts en conflit dans l'élaboration et l'application des solutions ; le droit international privé au contraire serait une espèce d'algèbre immuable et indifférente visant, non à concilier des intérêts humains, mais à combiner des lois, avec une

précision exclusive de toute appréciation subjective.

Heureusement pour le droit international privé, la réalité est toute différente. Cette branche du droit est exactement semblable aux autres : elle a le même but, établir des solutions qui soient l'expression de la justice, qu'elle s'efforce d'atteindre par les mêmes moyens, la logique, un certain souci de continuité et la considération des intérêts en présence. Mais c'est ici, et seulement ici, que se fait jour la différence spécifique qui distingue le droit international privé des autres branches du droit : les intérêts en présence sont plus complexes qu'ailleurs. En droit civil et en droit commercial, ces intérêts sont ceux de deux individus, ils sont en eux-mêmes de nature identique ; en droit administratif, il y a l'intérêt d'un particulier en conflit avec celui de la collectivité, concours déjà plus compliqué ; la justice ne consistera pas nécessairement dans « l'équité » de la solution, au sens étymologique du latin *æquitas*, c'est-à-dire égalité : l'intérêt de la collectivité pèse d'un plus grand poids que celui du particulier qui ne devra cependant pas être écrasé. En droit international privé, la complication augmente, car il y a bien en présence deux particuliers dont les intérêts doivent être estimés exactement à la même valeur, mais la solution à intervenir intéresse dans une certaine mesure la collectivité natio-

nale dont les intérêts doivent en conséquence ne pas être perdus de vue.

D'autre part, la logique commande de respecter le caractère des lois privées internes dont l'application est en question : de même que les solutions de droit civil doivent s'intégrer dans un système juridique existant, de même les solutions de droit international privé ne peuvent faire abstraction du système de droit privé interne existant.

Par conséquent, il sera parfaitement légitime de tenir compte des intérêts, même politiques, de la collectivité nationale, dans la mesure où le permettront la sauvegarde des intérêts des particuliers et la logique des solutions imposées par notre système juridique interne.

Or dans quelle mesure, en fait, la jurisprudence que nous avons étudiée s'est-elle inspirée des intérêts nationaux ? Elle a d'abord employé, pour appliquer la loi française, des moyens purement techniques : préférence de la qualification « forme » à la qualification « capacité », refus d'appliquer à l'ignorance de la loi étrangère la maxime « *nemo censetur ignorare jus* » ; nous avons vu que ces moyens étaient en fait justifiés logiquement : la loi française a donc été appliquée grâce à une logique ingénieuse, mais non tendancieuse.



Au contraire, il y a eu une tendance voulue et persévérante dans le moyen principal et le plus efficace de tous : l'interprétation extensive de l'article 3, alinéa 2, du Code civil. Etant donnée l'imprécision de ce texte, l'interprétation de la jurisprudence ne s'imposait pas ; sans doute, elle était dans la tradition de l'ancien droit, mais cela ne suffit pas à l'expliquer en présence des critiques sévères qu'elle a subies et en dépit desquelles elle persiste. Peut-on dire qu'en appliquant la loi française dès qu'un immeuble français est en jeu, la jurisprudence a fait résolument prévaloir ce qu'elle croit être l'intérêt national sur ce que commandait la nature des lois internes en présence ?

La réponse à cette question se trouve dans ce que nous avons observé au sujet de la qualification « forme » préférée à la qualification « capacité », à propos du testament olographe du Hollandais. La jurisprudence s'attache rarement au but des lois, elle se guide par la considération beaucoup plus vague, mais beaucoup plus immédiate, de l'objet des lois, comme le remarquait déjà Boullenois (1) ; les idées de Savigny sur la « nature des choses » restent au fond à la base de ses décisions : les règles de solution des conflits reposent visiblement plus sur des convenances générales que sur des raisons analysées

(1) Ci-dessus, p. 26.

avec précision. Qu'on considère par exemple la règle *locus regit actum* : elle est incontestée, et pourtant, on n'a jamais pu s'entendre sur une justification théorique : toutes celles qui ont été présentées, disons-le bien, sont laborieuses, artificielles et ne satisfont pas l'esprit ; seulement, cette règle est si commode, si pratique, qu'elle a beau ne se justifier par aucun raisonnement et n'être écrite nulle part, elle est incontestée parce qu'elle répond à un sentiment de convenance évidente. Il en est de même de la loi personnelle ; l'idée que l'état et la capacité doivent être régis par une loi personnelle répond à un besoin assez explicable de stabilité dans les rapports juridiques concernant ces matières (encore qu'on puisse aussi faire appel aux idées de protection du consentement, de loi adaptée au tempérament de chaque peuple), mais la jurisprudence ne s'embarasse visiblement pas de ces justifications : elle a le sentiment vague qu'un Anglais en France continue à dépendre de la souveraineté anglaise pour ce qui le concerne personnellement, c'est-à-dire ce qui n'intéresse pas les Français ; c'est la vieille idée (remontant à l'ancien droit) que l'état est une qualité de la personne la suivant en tous lieux ; et si on lui rattache la capacité générale, c'est par ce même sentiment qu'état et capacité « vont ensemble », sans que cette « convenance » soit bien analysée.

La conception de la loi réelle est du même genre ; le droit international public a établi que la notion d'Etat implique nécessairement un territoire, une population et un gouvernement. Le fait qu'un individu appartenant à cette population va à l'étranger ne lui enlève pas sa qualité, et on a l'impression que le système politique donc il fait partie continue à le régir du moment que sa personne est seule intéressée. De même, le territoire est un élément essentiel de l'Etat, donc que l'Etat a seul qualité pour régir : cette compétence de l'Etat pour régler lui-même, c'est-à-dire par sa propre loi, tout ce qui concerne son propre territoire, est d'une convenance si évidente que la jurisprudence ne s'est jamais préoccupée d'aucune autre explication : l'idée que la *lex rei sitæ* est compétente parce qu'elle assure la sécurité dans les transactions paraît complètement étrangère aux arrêts. Aussi, qu'il s'agisse d'institutions contractuelles ou de donations entre époux, la loi française sera toujours compétente quand elles porteront sur des immeubles français.

Donc, en soumettant à la loi française tous les litiges immobiliers, la jurisprudence ne peut être taxée d'arbitraire. Elle a tout simplement appliqué la conception qui vient naturellement à l'esprit des magistrats au contact des cas concrets : l'Etat commande et doit être le maître, c'est par sa loi qu'il

l'est normalement et le mieux parce qu'elle est la meilleure à ses yeux et la mieux appliquée par ses magistrats ; son territoire est un de ses éléments constitutifs dont il est, et doit rester, le seul maître ; il est donc tout naturel qu'il le régie par sa propre loi.

On ne peut nier ce que cette conception a de sûr et de solide : les vues sur lesquelles elle s'appuie sont d'un bon sens réaliste et traditionnel en France, mais l'idée que le champ d'application d'une loi se définit par le caractère, le but, de cette loi donne souvent des solutions plus satisfaisantes pour l'esprit dans leur souplesse ; aussi la jurisprudence elle-même se hasarde-t-elle de temps en temps à accueillir l'idée de but des lois. Mais elle est loin d'abandonner son point de vue réaliste pour le point de vue intellectualiste qu'elle admet parfois et qui aboutirait, si elle l'admettait complètement, à des solutions radicalement opposées aux siennes sur un grand nombre de points. Le progrès consisterait à assouplir la conception réaliste par la conception intellectualiste. Est-ce possible ? Le chercher est la tâche de la doctrine de l'avenir.

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

- D'Argentré.** — *Coutume de Bretagne.*
- Bartin.** — *Etudes de droit international privé.* Paris, 1899.
- Le jugement étranger considéré comme un fait. *Cl.* 1924, p. 857.
- De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. *Cl.* 1897, p. 225.
- Bocquel.** — *De l'office du juge en matière d'application des lois étrangères et d'après la jurisprudence française.* Thèse Nancy, 1923.
- Boullenois.** — *Traité des démissions de biens.*
- *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes.*
- *Traité de la personnalité et de la réalité des lois.*
- Bouhier.** — *Les Coutumes du duché de Bourgogne.*
- Donnedieu de Vabres.** — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois.* Thèse Paris, 1905.
- Dumoulin.** — *Opera.*
- Froland.** — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts.*
- Lainé.** — *Introduction au droit international privé.* 2 vol., Paris, 1888-1892.
- De Vareilles-Sommières.** — *La synthèse du droit international privé.* 2 vol., Paris, 1897.
-





## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                                   | Pages |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| AVANT-PROPOS . . . . .                                                                                                            | 1     |
| <b>PREMIÈRE PARTIE. — Origines de la règle que la capacité des étrangers en France est régie par leur loi nationale . . . . .</b> |       |
|                                                                                                                                   | 11    |
| <b>CHAPITRE PREMIER. — Les domaines respectifs du statut personnel et du statut réel dans l'ancien droit . . . . .</b>            |       |
|                                                                                                                                   | 12    |
| <i>Section I.</i> — Domaine du statut réel . . . . .                                                                              | 15    |
| <i>Section II.</i> — Domaine du statut personnel . . . . .                                                                        | 27    |
| <i>Section III.</i> — L'idée des statuts mixtes . . . . .                                                                         | 44    |
| <b>CHAPITRE II. — L'application au statut personnel de la loi du domicile . . . . .</b>                                           |       |
|                                                                                                                                   | 53    |
| <b>CHAPITRE III. — La règle du Code civil . . . . .</b>                                                                           |       |
|                                                                                                                                   | 70    |
| <b>DEUXIÈME PARTIE. — La question de qualification : Domaine de la notion de capacité . . . . .</b>                               |       |
|                                                                                                                                   | 93    |
| <b>CHAPITRE PREMIER. — Vue générale du système de la jurisprudence. . . . .</b>                                                   |       |
|                                                                                                                                   | 95    |
| <b>CHAPITRE II. — Élimination de la loi étrangère en matière de capacité spéciale par le choix de la qualification . . . . .</b>  |       |
|                                                                                                                                   | 109   |
| <i>Section I.</i> — <i>Lex rei sitæ.</i> . . . . .                                                                                | 109   |
| <i>Section II.</i> — <i>Lex loci actus.</i> . . . . .                                                                             | 152   |
| <i>Section III.</i> — Loi présomptivement choisie par les parties . . . . .                                                       | 174   |



|                                                                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE III. — <i>Maintien de la loi étrangère en matière de capacité générale devant les qualifications qui l'écartent en matière de capacité spéciale.</i> . . . . . | 188 |
| <i>Section I. — Lex rei sitæ.</i> . . . . .                                                                                                                             | 188 |
| <i>Section II. — Lex loci actus.</i> . . . . .                                                                                                                          | 202 |
| <i>Section III. — Loi présomptivement choisie par les parties</i> . . . . .                                                                                             | 207 |
| CHAPITRE IV. — <i>La distinction entre les incapacités générales et les incapacités spéciales.</i> . .                                                                  | 210 |
| TROISIÈME PARTIE. — <b>Limites d'application de la loi étrangère aux incapacités générales.</b> . .                                                                     | 227 |
| <i>Distinction entre les procédés généraux (le renvoi, l'ordre public) et les procédés spéciaux.</i> . . .                                                              | 227 |
| CHAPITRE PREMIER. — <i>Les mineurs. La jurisprudence de l'intérêt national.</i> . . . . .                                                                               | 233 |
| CHAPITRE II. — <i>Prodiges et interdits. Les incapacités établies par jugement.</i> . . . . .                                                                           | 251 |
| CHAPITRE III. — <i>Les femmes mariées. Le régime matrimonial, l'autorisation maritale, le mandat tacite</i> . . . . .                                                   | 271 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                                                                                                    | 299 |

Vu :

Le Président de la thèse,  
L. DE LA MORANDIÈRE.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,  
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,  
S. CHARLÉTY







